

2017

# Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de ilustración jurídica

Hernández Marcos, Maximiliano

Universidad Carlos III de Madrid

---

<http://hdl.handle.net/10016/24488>

---

*Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

# Tras la luz de la ley

Legislación y justicia en Prusia  
a finales del siglo XVIII

Un modelo de ilustración jurídica



MAXIMILIANO HERNÁNDEZ MARCOS



TRAS LA LUZ DE LA LEY

The Figuerola Institute  
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:  
Carlos III University of Madrid

Book Series:  
Legal History

Editorial Committee:  
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*  
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*  
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at [www.uc3m.es/legal\\_history](http://www.uc3m.es/legal_history)

TRAS LA LUZ DE LA LEY:  
LEGISLACIÓN Y JUSTICIA EN PRUSIA A FINALES DEL SIGLO XVIII.  
UN MODELO DE ILUSTRACIÓN JURÍDICA

Maximiliano Hernández Marcos

EDITORIAL DYKINSON

Esta publicación ha contado con una ayuda económica del programa propio de Difusión de Resultados de Investigación de la Universidad de Salamanca.

Historia del derecho, 50

© 2017 Maximiliano Hernández Marcos

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE  
Motivo de cubierta: ilustración de M<sup>a</sup> Pilar Pozo García

ISBN: 978-84-9148-204-8  
ISSN: 2255-5137

D.L.: M-12273-2017

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/24488>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

Nota previa . . . . .	9
BREVE INTRODUCCIÓN . . . . .	11
PRIMERA PARTE	
Historia social y cultura filosófica . . . . .	17
1. La reforma federiciana de la justicia. Historia externa . . . . .	26
1. Sobre la reforma procesal . . . . .	27
2. Sobre la codificación civil . . . . .	30
2. Ilustración jurídica: idea “clara” y praxis “correcta” de la vida pública . .	36
1. ¿Qué es Ilustración? El debate en la Sociedad del Miércoles . . . . .	37
2. La limitada luz de la monarquía prusiana: ley y conciencia de la legalidad civil . . . . .	48
a) “Ilustración ajena” de lo político . . . . .	53
b) La doble luz de la ley en la jurisprudencia: “investigación” judicial sí, mas no interpretación . . . . .	57
SEGUNDA PARTE	
Constitución de la norma civil. Temas y problemas . . . . .	63
3. Ilustración procesal . . . . .	64
1. La lucha contra la libre abogacía . . . . .	66
2. En torno a la “máxima de investigación” judicial . . . . .	69
3. Sobre el “acto de conciliación” . . . . .	75
4. Ilustración de la ley, despotismo de la interpretación . . . . .	77
1. Reforma conservadora. El “iusnaturalismo empírico” del <i>Allgemeines Landrecht</i> de 1794 . . . . .	82



a) Sobre el estado de la cuestión. La luz jurídico-privada del iusnaturalismo prusiano . . . . .	83
b) Racionalizar el “ius commune” germánico. Sobre el “Derecho Natural Particular” como método prudencial de legislación . . . . .	89
2. Subsunción automática y razonamiento judicial. El problema de la interpretación de las leyes . . . . .	98
a) Interpretación gramatical, interpretación lógica . . . . .	99
b) El <i>casus dubius</i> y la interpretación auténtica. Comisión legislativa <i>adversus</i> autonomía de la justicia . . . . .	102
c) El vacío legal. Integrar no es interpretar. Fiasco de un modelo ilustrado de jurisprudencia . . . . .	107
5. ¿Doble <i>kodex</i> ? Paradojas y limitaciones de la Ilustración jurídica . . . . .	111
1. Código popular y código científico . . . . .	112
2. Código doctrinal y código normativo . . . . .	115
3. Código general y código(s) especial(es) . . . . .	121
APÉNDICE	
Algunos textos sobre la codificación prusiana . . . . .	133
¿Hasta dónde pueden y deben abreviarse las leyes? (1788) . . . . .	135
Sobre el influjo de la legislación en la ilustración (1789) . . . . .	143
Sobre el fin del Estado (1791) . . . . .	150
Breve informe sobre el nuevo código prusiano y el procedimiento para su elaboración (1791) . . . . .	156
BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA	
Fuentes . . . . .	171
Literatura crítica: Estudios y artículos . . . . .	176

## NOTA PREVIA

Este libro es el resultado parcial de una investigación larga, pero discontinua en el tiempo, cuyos frutos provisionales han ido madurando y acumulándose con la edad a manera de estratos diferentes hasta adoptar, igual que toda formación geológica, la figura precisa que se dibuja en el presente ensayo. Sus comienzos se remontan a la década de los noventa del pasado siglo. De hecho, la versión inicial de algunos capítulos, luego revisada, fue escrita, bajo impulsos diversos, a finales de aquellos años y en los primeros de esta centuria. Lo que el lector tiene ante sí es, pues, el último precipitado de una obra siempre en marcha, cuyo cierre y publicación fueron, por contingencias múltiples de la vida, continuamente aplazados.

La persistencia en el tratamiento del tema no habría sido posible sin el apoyo y el aliento recibido de instituciones y personas. En concreto, he de expresar mi agradecimiento a la Max-Planck-Gesellschaft y al Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt am Main (Alemania) por su respaldo financiero y su valiosa prestación de fondos durante mis breves estancias de investigación en el otoño de 1993 y en el de 1997. Allí también tuve la oportunidad de recibir el estímulo humano y la orientación científica de los profesores Michael Stolleis y Heinz Mohnhaupt, a quienes siempre estaré agradecido, lo mismo que al profesor Pablo Salvador Coderch, quien con su generosidad y buen criterio contribuyó a encaminar mis pasos por aquella senda. El contacto posterior con el profesor Damiano Canale con motivo de un encuentro científico en Pisa (Italia) a finales de 1997, facilitado en esa ocasión por el buen hacer de Faustino Oncina, así como la lectura ulterior de su magnífico libro *La costituzione delle differenze* (Torino, 2000), actuaron de poderosos acicates para profundizar en la temática al hilo del diálogo fructífero que se entabló entre nosotros. Con Damiano Canale estoy, pues, también en deuda personal y científica. Lo mismo he de decir del profesor Reinhard Brandt, cuya actitud siempre acogedora y orientación no menos atinada sirvieron en su momento para llegar a descifrar el manuscrito de los debates de la Sociedad del Miércoles durante una breve estancia en la Universidad de Marburg en el otoño del año 2000. No es menor mi reconocimiento al profesor Airtón Seelaender, cuya invitación a participar en noviembre de 2011 en un curso de posgrado sobre “Iluminismo e teoria da legislação”, organi-

zado por el Centro de Ciências Jurídicas de la Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis – Brasil), operó como penúltimo estímulo humano, científico y académico para poner a punto y dar coherencia a los materiales dispersos de una investigación abierta. Ahora pueden ver finalmente la luz gracias al empeño personal de Faustino Martínez y al apoyo y diligencia de Manuel Martínez Neira para gestionar su publicación en la editorial Dykinson. Quede, por tanto, constancia de mi gratitud hacia ellos y hacia la propia editorial; pero también hacia la Universidad de Salamanca tanto por sus diferentes Ayudas para algunas estancias de investigación (Marburg 2000 y Florianópolis 2011) como por su respaldo financiero a esta publicación.

No quiero olvidar tampoco a algunos profesores de Filosofía e Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca que con sus oportunas indicaciones contribuyeron hace ya más de veinte años a mi iniciación en un campo del saber entonces del todo desconocido. Como tampoco puedo pasar por alto el valor de poderoso estímulo de fondo que para mi quehacer universitario y actividad investigadora han representado siempre el profesor José Luis Villacañas y los diversos proyectos de investigación dirigidos por él (sobre Idealismo, sobre pensamiento político de la República de Weimar, y las diferentes ediciones de la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico) en los que he tenido la suerte de participar. Lo que uno es y lo que hace resulta ser al fin el espejo en curso, más o menos deforme, de los que le precedieron y acompañan.

Villares de la Reina, a 7 de abril de 2017.

## BREVE INTRODUCCIÓN

La codificación es quizás el fenómeno más relevante y el producto más genuino de la cultura jurídico-política de la Ilustración dieciochesca. Sus raíces suelen retrotraerse al Derecho Natural moderno, del cual se habría servido el pensamiento de las Luces para suministrar el marco teórico fundamental, la ideología básica que impulsó ese cambio radical en la concepción del derecho que cristalizara tras la Revolución Francesa en la forma de código. Gracias a esta conexión directa entre iusnaturalismo moderno y época de las codificaciones el mundo occidental posrevolucionario habría conseguido, particularmente a través de la confección de los diversos códigos de derecho civil, no sólo la unificación sistemática de la pluralidad jurídica de las relaciones sociales, en consonancia con las exigencias de simplicidad, claridad y certidumbre en las leyes planteadas por juristas y filósofos ilustrados, sino también el reconocimiento de los derechos naturales del hombre (libertad e igualdad), que, conocidos directamente por la razón, debían ser preservados y respetados por todo tipo de legislación, tanto privada como pública. De esta manera, los códigos civiles occidentales habrían actuado como puente de enlace entre el iusnaturalismo racionalista moderno y el Estado liberal de derecho<sup>1</sup>.

Este horizonte unitario y general de comprensión del devenir jurídico contemporáneo suele, empero, matizarse haciendo hincapié en la variedad y peculiaridad de las manifestaciones nacionales de la Ilustración jurídica y en el modo como esta diversidad afecta a la configuración y alcance del proceso codificador en cada territorio. Así, por ejemplo, es usual subrayar el contraste entre el caso de Francia y el de los países germánicos. Pues mientras que en aquélla la índole utópica y abstracta del movimiento ilustrado, convertido en ideología de la oposición al soberano y a su Corte, trajo consigo una codificación caracterizada por el espíritu propiamente burgués de la Revolución, en estos últimos, en los cuales el pensamiento de las Luces constituía la ideología

---

1 Para este tópico sobre el presunto nexo entre codificación y constitucionalismo v. G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova: ECI 1973 (3ª ed.), pp. 14-20. Cf. asimismo D. Canale, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 11-12. Sobre la deuda doctrinal de la codificación con el iusnaturalismo moderno y la Ilustración en sus líneas generales v. G. Tarello, o.c., 212-14, y M. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano: Communità 1966, esp. pp. 13-28.

jurídica del monarca y de los funcionarios del Estado, la política legislativa, más prudente y pragmática, quedó marcada en sus propósitos por los límites del absolutismo ilustrado.

Este trabajo aborda precisamente un caso prototípico de esa “limitada” Ilustración jurídica en el mundo germánico: el movimiento de reforma de la justicia en la Prusia federiciana, del que forman parte tanto el nuevo ordenamiento procesal (la *Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1793-95 como la empresa de codificación civil que condujo al Derecho Territorial General (*Allgemeines Landrecht*) de 1794. Nuestro análisis pondrá de manifiesto en qué medida todo este proceso legislativo no se ajusta al modelo de conexión recién descrito entre codificación privada y Estado liberal de derecho que el liberalismo historiográfico suele difundir como la única vía, unidireccional y necesaria, de la modernidad, al reconstruir en su propio favor, desde sus categorías, la historia del derecho desde la Ilustración hasta la actualidad. El código prusiano de 1794, y aún más la Ordenanza Judicial de 1793-95, representan, al contrario, un caso peculiar y sin continuidad histórica, un “sendero interrumpido” en la modernidad jurídica<sup>2</sup>, puesto que ni sancionan el mundo feudal antiguo como tal en su fragmentada diversidad jurídica y política, ni hacen valer la libertad e igualdad del individuo como principios jurídicos fundamentales, ni tampoco constituyen en este aspecto un momento de tránsito o un estadio intermedio en el proceso histórico que conduce del *ancien régime* al Estado contemporáneo de derecho y a la sociedad civil burguesa; son más bien el espejo del complejo mundo constitucional de la Prusia federiciana, caracterizado por la fricción o el cruce entre el moderno Estado de la monarquía absoluta, que acaba imponiéndose en ellos, y el orden jurídicamente diferenciado de la antigua sociedad estamental, que se integra en su seno. Como expresión fiel de aquella época, anclan sus raíces teóricas en el así llamado “iusnaturalismo prusiano”, del que toman tanto su estructura sistemática como su universo conceptual, el cual incluía, entre otros, el dogma de la soberanía absoluta del monarca junto con la vieja doctrina, ciertamente ya readaptada y debilitada, de los *status personae* en los que se estratificaba jurídica y políticamente la vida social del antiguo régimen.

---

2 D. Canale, *La costituzione delle differenze*, p. 255; cf. p. 12-13, 119, 249. Cf. D. Canale, “Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell’*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII: 1 (giugno 1998), p. 212.

Para mostrar esta particular idiosincrasia histórica de la codificación civil y procesal prusianas, por la que ambos códigos pueden considerarse reflejo y a la vez sanción de un absolutismo ilustrado de base socialmente estamental, dividiremos nuestra exposición en dos partes. La primera se propone presentar el surgimiento y devenir históricos de esa reforma de la justicia ofreciendo tanto la narración de los hechos y acontecimientos sociales que la originaron, la impulsaron y la llevaron a término, como el relato del contexto cultural e ideológico que la inspiró y le otorgó su peculiar cuño ilustrado. La segunda parte, de carácter más sistemático, se centra, en cambio, en los aspectos innovadores desde el punto de vista de la historia del derecho que distinguen a ambos códigos prusianos (la *Allgemeine Gerichtsordnung* y el *Allgemeines Landrecht*) como productos genuinos de la razón ilustrada en el marco específico del absolutismo monárquico. Por último, como apéndice ilustrativo del argumento desplegado a lo largo de este ensayo se brinda una muestra representativa de textos, vertidos al castellano, sobre el proceso de codificación a finales del siglo XVIII en Prusia, que dan testimonio directo tanto del proceder seguido en ella como del pensamiento jurídico-ilustrado que la animó.



PRIMERA PARTE

HISTORIA SOCIAL Y CULTURA FILOSÓFICA





Todavía hacia el año 1800 Hegel, en su diagnóstico del particularismo político que resquebrajaba los cimientos de todo posible Estado alemán, se hace eco de la situación general de inseguridad jurídica que también en asuntos civiles arrastraba la sombra mortecina del altisonante Imperio. La proliferación inacabable de disputas, el número de procesos pendientes de resolución desde décadas e incluso siglos o la cantidad de demandas archivadas sin tramitación alguna ponen de manifiesto –arguye el filósofo suabo– que la llamada paz imperial descansa más bien en el silencio que en la decisión de la justicia ante la “contradicción de los derechos”, y que Alemania, en vez de en un estado civil que, a través de un poder judicial firme, garantice a cada uno su posesión legítima, se halla inmersa aún en un estado de naturaleza, de meras pretensiones jurídicas<sup>1</sup>.

Esta situación caótica en la administración de justicia afectaba obviamente a Prusia-Brandemburgo, uno de los Estados más poderosos del debilitado Imperio Germánico en el siglo XVIII. Y a su saneamiento se encaminaron los esfuerzos de Federico II desde el inicio de su reinado (1740-1786), si bien los frutos no llegaron a madurar hasta después de su muerte, como legado póstumo del último y decisivo impulso que, aún bajo su mandato, recibieron los trabajos de reforma de la justicia a raíz de la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780. En ella se trazaron las líneas maestras del nuevo ordenamiento procesal y de la codificación del derecho civil, que bosquejamos a continuación tomando como punto de partida algunos fragmentos de dicha Orden:

“Mi querido Gran Canciller. No puede seros desconocido que en el año 1746 y aun antes, yo ya estaba preocupado por remediar en mi reino y Estados dentro de la administración de justicia los desórdenes y defectos advertidos, y mandé en concreto:

- 1) que los colegios de justicia se organicen sobre mejor base y sean ocupados por hombres honestos y capaces;
- 2) que el orden procesal quede limpio de formalidades inútiles, y se haga lo posible para que los procesos acaben en un año; y
- 3) que las leyes indeterminadas y ambiguas, aún dispersas, sean reunidas y determinadas con la máxima claridad y precisión posibles.

En lo que concierne al *primer punto*, no dudo en absoluto de que se ha logrado lo suficiente gracias a la buena subordinación introducida en los colegios mediante un orden

---

1 G.W.F. Hegel, *La Constitución de Alemania*, Madrid: Aguilar, s.a., 108-109.

más seguro en todos los asuntos, y especialmente gracias a la instrucción, según la cual los candidatos que se dediquen a la justicia, deben superar exámenes rigurosos, acreditarse para todo trabajo durante varios años como pasantes en los colegios y ser objeto de indagación exhaustiva su modo de pensar y su conducta. [...]

En lo que, *en segundo lugar*, atañe a los procesos, quiero creer que se han suprimido los graves abusos imperantes hasta entonces; sin embargo, en el fondo -como Vos debéis confesarme- es este ordenamiento procesal todavía la textura indecente del derecho canónico, del que se ha quejado toda Alemania desde hace varios siglos. [...] Pero comoquiera que sea, es mi voluntad que en el futuro el juez mismo escuche a las partes con su querella y respuesta, compare sus relatos y pruebas aportadas, y averigüe así la verdadera conexión del asunto que ha ocasionado la disputa jurídica; y después de esto debe hacerles propuestas de arreglo conforme a los derechos y la equidad. [...]

En lo que concierne finalmente a *las leyes*, considero muy indecente que éstas estén en su mayor parte escritas en una lengua que no comprenden aquéllos a quienes deben servir de pauta. Es asimismo absurdo que en un Estado que tiene su legislador indiscutible, se toleren leyes que por su oscuridad y ambigüedad han de provocar prolijas disputas de juristas y dar lugar a largos procesos sobre si tal ley o costumbre nunca ha existido o lo-grado fuerza jurídica. Debéis atender preferentemente a que todas las leyes para nuestros Estados y súbditos sean redactadas en su propia lengua, fijadas con exactitud y recopiladas por completo.”<sup>2</sup>

Esta Orden de Gabinete, dictada meses después de la destitución de von Fürst en diciembre de 1779 al frente de la Cancillería, debido en parte al largo y polémico caso procesal del molinero Christian Arnold<sup>3</sup>, venía a ser en gran

---

2 “Allerhöchste Königliche Cabinets-Ordre d.d. Postdam, den 14. April 1780, die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend”, pp. III-IV, V, VII-VIII, X, en: *Corpus Juris Fredericianum. Erstes Buch. Von der Prozessordnung [CJF]*, Berlín: Decker, 26 de abril 1781 (reproducido también en: Goldbach: Keip, 1994. Una copia, algo imperfecta, puede encontrarse asimismo en: Nabu Press [USA], 2011)

3 El molinero Christian Arnold fue demandado por el conde de Schmettau en 1773 al dejarle de pagar la renta feudal por el molino, debido a que se había quedado sin el suministro necesario de agua a raíz de la construcción de una zanja en el río, para abastecer a tres viveros de carpas, por parte de su vecino, el caballero y consejero territorial von Gersdorf. El molinero, que había sido detenido y algunos de sus bienes embargados por negarse a cumplir las sucesivas condenas del Tribunal Patrimonial de Pommerzig (zona actualmente polaca próxima a Frankfurt am Oder, en la orilla de este río), demandó a su vez al conde ante el *Regierung* de Küstrin en 1776, pero su querella fue desestimada. Tras la venta judicial del molino en 1778 por incumplimiento de la nueva sentencia dictada contra él, logró ser recibido por el rey el 21 de agosto de 1779. La investigación sobre el caso ordenada por el monarca concluyó con un nuevo fallo del *Regierung* de Küstrin (28.10.1779), que desestimaba las pretensiones –elevadas por Arnold– de restitución del

medida la carta de presentación política del nuevo Canciller, Johann Heinrich Casimir von Carmer, hasta entonces ministro de Estado y Justicia en Silesia. En ella, a manera de balance histórico y síntesis programática a la vez, se recogen nítidamente los tres objetivos que articularon la reforma federiciana de la justicia, y que fueron realizándose en cierto modo sucesivamente en el tiempo: la reestructuración *administrativa* de los tribunales y del personal judicial gracias al *Codex Fridericianus Marchicus (CFM)* de 1748; la nueva configuración del *procedimiento jurídico*, introducida provisionalmente por la *Prozess-Ordnung* de 1781 y sancionada de modo definitivo por la *Allgemeine Gerichtsordnung (AGO)* de 1793-95; y la *codificación* del derecho civil en el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR)* de 1794.

El cumplimiento del primer objetivo fue acaso el gran logro de las labores reformadoras que, tras la subida al trono de Federico el Grande, emprendiera el Canciller Samuel von Cocceji en 1746. Dichas labores supusieron además de una limitada, aunque indispensable centralización y reducción burocráticas de tribunales competentes, instancias y costes, la capacitación profesional de los jueces gracias a la exigencia de una formación teórica y práctica seria, a controles estrictos y a su conversión en funcionarios públicos bajo remuneración estatal mediante un riguroso sistema de selección y exámenes; todo lo cual contribuyó tanto a la eficacia del oficio como, en virtud de la recién conquistada independencia económica del estamento judicial, a la imparcialidad e irreprochabilidad en su ejercicio. Pero, puesto que tanto las medidas de aceleración y simplificación procesales del *CFM* apenas representaron un avance

---

molino y de reparación de daños causados por los viveros. Nuevas quejas ante el rey, esta vez de la molinera, hicieron que el asunto llegara al Tribunal de Cámara de Berlín, que el 8 de diciembre de 1779 confirmó en sus puntos principales la sentencia del *Regierung* de Küstrin. El 11 de diciembre el rey, indignado por la injusticia supuestamente cometida, desautoriza el juicio del Tribunal berlinés, destituye al Canciller von Fürst, y ordena la suspensión y arresto de todos los jueces de Berlín y de Küstrin que habían intervenido en el proceso, así como la restitución del molino y la indemnización de daños y perjuicios al molinero Arnold. Esta sentencia de autoridad –oscuro precipitado de un grave y tenso conflicto entre el rey y las altas autoridades de justicia en diciembre de 1779– fue confirmada definitivamente el 1 de enero de 1780, tras la negativa del Tribunal de Cámara –y del ministro de asuntos criminales von Zedlitz– a cambiar su juicio. Para más información v. Karl Dickel, *Beiträge zum preussischen Rechte für Studierende und Referendare* (Primer Cuaderno: *Friedrich der Grosse und die Prozesse des Müllers Arnold*), Marburg am Lahn 1891, así como Malte Diesselhorst, *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Grossen*, Göttingen 1984.

significativo en la legislación del curso del procedimiento civil, que permaneció sustancialmente apegado a la forma romano-canónica de la recepción, como, paralelamente, el *Project des Corporis Iuris Fridericiani* (1749-1751) se acercaba aún en demasía, por su orientación romanista, a las usuales colecciones de leyes del derecho común, no entraremos aquí en una exposición exhaustiva de lo que fue el plan de reforma de la justicia federiciana en su primera fase, la del Canciller S. von Cocceji<sup>4</sup>, en su mayor parte inconclusa y prácticamente fallida<sup>5</sup>; nuestro cometido se circunscribe a la segunda fase, la del Canciller von Carmer, la que se abre con la Orden de Gabinete de 1780

---

4 Samuel von Cocceji (1679-1755) era hijo del notable jurista Heinric von Cocceji (1644-1719), quien había sucedido a Samuel Pufendorf en la cátedra de Derecho Natural y de Gentes de Heidelberg y era conocido por su comentario *Grotius illustratus*. Estudió Derecho en la Universidad de Frankfurt am Oder, cuando, tras abandonar Heidelberg, ejercía allí de profesor su padre, y después de un breve período dedicado a la docencia universitaria, entró al servicio de la administración de justicia de Prusia ya en 1704. Fue nombrado Ministro Jefe de Justicia por Federico Guillermo I en 1738 con la misión de iniciar una reforma de la justicia que proseguiría y culminaría con el *Project des Codicis Fridericiani Marchici* (1748) y el *Project des Corporis Iuris Fridericiani* (1749-1751), ya bajo el gobierno de Federico II, quien le nombraría a tal efecto en 1747 Gran Canciller. Su labor reformadora estuvo marcada por su convicción científica –en la estela de su padre– acerca de la unidad y continuidad entre Derecho Romano y Derecho Natural, que trató de mostrar en su principal obra *Novum systema jurisprudentiae naturalis et Romanae* (Halle, 1740). Sobre S. von Cocceji puede verse G. Kleinheyer, “Samuel von Cocceji”, en: G. Kleinheyer / J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989<sup>3</sup>, pp. 61-64; y H. Mohnhaupt, “Das ‘Project des Codicis Fridericiani Marchici’ von 1748. Samuel von Coccejis Prozessgesetz”, en: N. Piccardi / B. Sassani / F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli: E.S.I., 2001, vol.3, pp. 447-473, espec. pp. 460-463.

5 Acerca de esta primera fase de la reforma de la justicia v. M. Hernández Marcos, *La Crítica de la razón pura como proceso civil*, Salamanca: Vitor (tesis doctoral), 1994, cap. 3b, espec. pp. 345 ss., así como J.Fr.H. Abegg, *Versuch einer Geschichte der Preussischen Civil-Prozess-Gesetzgebung*, Breslau 1848, 59-79; Hans Neufeld, *Die Fridericianische Justizreform bis zum Jahre 1780*, Göttingen 1910; Otto Hintze, “Friedrich der Grosse und die preussischen Justizreformen des 18. Jahrhunderts. Zum 24. Januar 1912”, *Recht und Wirtschaft* 1:5 (1912), 129-135; y, más recientemente y centrado sobre todo en el Proyecto de reforma procesal de 1748, H. Mohnhaupt, “Das «Project des Codicis Fridericiani Marchici» von 1748..”, o.c. Toda la documentación oficial relativa a la reforma de Cocceji puede encontrarse en: C.A.Chr.H. von Kamptz (ed.), “Die Justiz-Reform in den Königlich Preussischen Staaten in den Jahren 1746-1748”, *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* LIX (1842), 67-158.

y se consuma con la *AGO* (1793-95) y el *ALR* (1794). Dicho de otra manera: nuestro propósito a lo largo de esta primera parte es esclarecer la historia y fundamentos ideológicos que inspiraron tanto las innovaciones en la estructura del *procedimiento civil* (segundo objetivo mencionado) como las tareas de *codificación* del derecho prusiano (tercer objetivo) durante las dos últimas décadas del siglo XVIII, a sabiendas de que ambas empresas constituyeron los episodios nucleares de la reforma federiciana de la justicia.

Precisamente con vistas a un planteamiento certero de esta reforma es necesario introducir algunas observaciones preliminares de carácter general. En primer lugar, conviene hacer hincapié en que el camino de la codificación del derecho civil y el de la revisión del procedimiento jurídico nunca fueron entendidos por los legisladores prusianos como trayectos independientes, ni tampoco llegaron a recorrerlos como tales; desde comienzos del siglo XVIII los cambios en la legislación procesal y en la legislación civil se pensaron y acometieron como capítulos inseparables de una obra única y unitaria: la *reforma de la justicia en general*. Así lo confirmaba uno de sus artífices, Carl Gottlieb Svarez<sup>6</sup>, cuando el 12 de abril de 1785, en su célebre carta al abogado parisino De Villeneuve, escribía que el nuevo plan de legislación constaba de dos partes, “de las cuales una tiene por objeto el ordenamiento procesal y la otra el auténtico *derecho material*”<sup>7</sup>. Esta *unidad histórica* en el surgimiento simultáneo de la *AGO* y del *ALR* puede considerarse, en realidad, como la

---

6 Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), nacido en Schweidnitz (Silesia), estudió en la Facultad de Derecho de Frankfurt am Oder, donde impartía entonces docencia el wolffiano Darjes. Colaborador de J.H.C. von Carmer ya en Breslau, se trasladó con éste a Berlín en 1780 para asumir el peso de la reforma de la justicia. Fue miembro de la Comisión de Ley desde 1781. Sobre el jurista C. G. Svarez pueden consultarse, entre otros, los trabajos siguientes: Adolf Stölzel, *Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts*, Berlín 1885; F. Ebert, “Carl Gottlieb Svarez”, en: F. Gürtner (Hrsg.), *200 Jahre Dienst am Recht. Gedenkschrift aus Anlass des 200jährigen Gründungstages des Preussischen Justizministeriums*, Berlin, 1938, pp. 367-396; E. Wolf, “Carl Gottlieb Svarez”, en: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951<sup>3</sup>, pp. 421-463; P. Krause, “Carl Gottlieb Svarez (1746-1798). Bürgerliche Staatsbedienung in aufgeklärten Absolutismus”, *Die Verwaltung* 19 (1986), 277-304; T. Karst, *Das Allgemeine Staatsrecht im Rahmen der Kronprinzenvorträge des Carl Gottlieb Svarez unter besonderer Berücksichtigung des Strebens nach Glückseligkeit*, Hamburg, 2000; y M. Kuhli, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt am Main, 2012 [esta monografía no ha podido ser consultada al cierre de este trabajo].

7 Cit. por Adolf Stölzel, *Carl Gottlieb Svarez*, o.c., p. 158.

consecuencia expresa –y en estos términos llegó a formularse en alguna de las propuestas reformadoras ya a finales del siglo XVII<sup>8</sup>– de la *unidad sistemática* que en todo procedimiento judicial debe haber entre la *quaestio facti*, cuya regulación formal compete por entero a las ordenanzas procesales, y la *quaestio iuris*, cuya resolución depende de la existencia de leyes claras y precisas. En el caso de Prusia esa unidad histórica recibe además -como veremos- un específico sello ideológico, el que le suministra su fundamento *jurídico-filosófico* común: el principio inherente al absolutismo ilustrado de la felicidad general como fin de la unión política.

En segundo lugar, el ansia renovadora en los territorios prusianos no fue una excepción ni un caso aislado en la Europa moderna; formaba parte de un espíritu común de *Ilustración*, que tuvo en el movimiento iusnaturalista, partidario de la simplificación y claridad racionales de las formas jurídicas, su catalizador ideológico esencial, pero que se expresó distintamente en los diversos países y en cada uno de ellos afectó también de forma diferente a la administración de justicia. Así, en Francia, las *Ordonnances civiles* del Canciller d'Aguesseau en 1731, 1735 y 1741 apenas significaron algún atisbo de Ilustración jurídica, la cual en materia de legislación civil y procesal se abrió paso únicamente por la vía revolucionaria de 1789. Precipitado fiel de la mentalidad oficial del absolutismo ilustrado, la obra de las Luces en el mundo jurídico alemán fue, en cambio, mucho más prudente y pragmática. Mención especial merece aquí, por su simultaneidad y relativa similitud con el caso prusiano, la reforma de la justicia en los territorios austriacos, emprendida por la emperatriz María Teresa y fruto, empero, más o menos maduro del josefinismo; una reforma que, al igual que en Prusia, alcanzó paralelamente al “derecho formal” (*Civilgerichtsordnung* del 1.5.1782) y al “derecho material” (*Codex Theresianus* de 1766, transformado completamente en el *Josephinisches Gesetzbuch* de 1787, el cual tras su revisión se promulgó de modo definitivo como *Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien* el 13.2.1797)<sup>9</sup>. Ambas en su diversidad constituyen ejemplos paradigmáticos de ese impulso legis-

8 Cf. J.Fr.H. Abegg, o.c., 21.

9 Para el tema de la codificación civil y procesal en la Europa dieciochesca en general v. M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, o.c., y G. Tarello, *Le ideologie della codificazione*, o.c. Para una presentación sintética y sistemática, centrada además en los tres modelos de codificación civil (prusiano, francés y austríaco), v. D. Canale, “The many faces of the codification of law in modern continental Europe”, en: D. Canale / O. Grossi / H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York, 2009, ch. 4, pp. 135 ss.

lador desde arriba que –como mostraremos más adelante– imprime su sello peculiar a la Ilustración jurídica en Alemania.

Por último, es preciso detenerse brevemente en los *factores históricos* que confluyeron en la reforma de la justicia. Ya la referencia a un tiempo de Ilustración como marco teórico general en el que se iluminan, alientan y consuman los trabajos legislativos del siglo XVIII, sugiere por sí misma que en el origen de esa necesidad de reforma se halla cierta oscuridad en el seno de la administración del derecho que debía ser esclarecida por la luz de la razón. Pues la exigencia de regulación y clarificación de la materia jurídica vino ante todo planteada por la *praxis real* de la justicia, que se había vuelto demasiado lenta, excesivamente costosa e insegura por completo, debido a la caótica complejidad del ordenamiento jurídico que siguió a la recepción del derecho romano-canónico durante los siglos XV y XVI en el mundo germánico. De esta situación de malestar, determinada en buena medida por el *factum* de la contradicción en las leyes (“antinomias”) o en sus aplicaciones –lo más característico acaso del *ius commune*–, cabría tipificar las causas en tres grupos: *político-administrativas, procesales* y estrictamente *jurídico-normativas*.

La falta de una organización autónoma y territorialmente centralizada de la justicia, así como la multiplicidad de vías judiciales y hasta de instancias, generaban de continuo no sólo conflictos judiciales como consecuencia de sentencias contradictorias, sino sobre todo conflictos jurisdiccionales ante la concurrencia de diversos tribunales competentes, ordinarios (jurisdicción inferior de los *Ämter*, de dominio estamental [*Patrimonial- oder Landgerichte*] o municipal [*Stadtgerichte*], y jurisdicción superior de los *Gerichtshöfe*, parcialmente estamentales [*Hofgerichte*] o representantes exclusivos del Estado [*Regierungen* y *Kanzleien*]) o específicamente asignados a ciertas autoridades con facultades de jurisdicción (cámaras territoriales, justicia de gabinete, curias, tribunales militares, consistorios eclesiásticos, etc.).

Este desordenado panorama se agravaba aún más debido a las irregularidades y dilaciones en los *procedimientos jurídicos*, propiciadas por el excesivo formalismo, tan caro a los abogados, y por la heterogénea composición del así llamado “proceso común” de cuño alemán, aquilatado producto de estructuras romano-canónicas, elementos sajones y aportaciones esporádicas de la *praxis* de los tribunales. Para mayor complejidad, el proceso común definía, con todo, únicamente la forma ordinaria y por escrito, deslindada con nitidez del procedimiento sumarial, que habitualmente se aplicaba en los tribunales inferiores, y además, fuera de la actividad del Tribunal de Cá-



para del Imperio, cumplía sólo un papel subsidiario, ya que cada territorio se aferraba a sus antiguas costumbres judiciales<sup>10</sup>. A esta problemática variedad en las vías procesales se añadía finalmente la *incertidumbre jurídica* misma de un cuerpo normativo tan disperso y diferenciado en sus fuentes como era el de la época de la recepción, en la cual junto a los derechos particulares de cada lugar o región e incluso de cada gremio o estamento existía, con valor subsidiario, un derecho común, herencia sedimentada del *Corpus Iuris* justiniano y sus innumerables comentarios de juristas, con la que se habían ido mezclando tradicionales usos germánicos, la legislación territorial de los príncipes o de cada señorío feudal y las decisiones de la jurisprudencia práctica, muy apegada aún en su actividad creadora a la ciencia del derecho. En medio de este maremágnum normativo, en el que se solapaban confusa e indistintamente opiniones doctrinales, costumbres asentadas, praxis judicial y leyes propiamente dichas, el recurso a la interpretación resultaba tan inevitable como pernicioso, puesto que repercutía en la ampliación material de las fuentes, multiplicaba las controversias jurídicas y favorecía la perplejidad e inseguridad de los ciudadanos ante los tribunales. No en balde las propuestas dieciochescas de codificación civil se acogieron a la voluntad *ilustrada* de conseguir la definitiva emancipación de la autoridad de las *interpretaciones* de doctores y juristas, del mismo modo que los planes de reforma procesal, particularmente en Prusia, insistían en su propósito, igualmente ilustrado, de desterrar de raíz el despotismo de los *abogados* en la instrucción de los asuntos.

No quisiera concluir este pórtico general sobre el problema de la justicia sin traer a colación el otro de los factores históricos, el que se refiere a la *oportunidad política* de las reformas. Pues toda la empresa de unificación legislativa, por más que indudablemente satisficiera “exigencias jurídico-técnicas” de la praxis judicial, respondía también –y no se habría llevado a efecto sin ella– a una “política particular del derecho”, que formaba parte del proceso de consolidación del Estado moderno y de centralización del poder con el que

---

10 Para una información más minuciosa sobre la situación histórica y técnica del derecho procesal civil en Alemania en la época moderna de la recepción (s. XVI-XVII), véase además de la ya citada obra de Abegg, 12-27, que se ciñe a los territorios de Prusia y Marca-Brandemburgo, las obras de F. Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlín 1971, pp. 24-30; H. Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Karlsruhe 1966, vol. 2, pp. 456-64; H. Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden 1967, pp. 163-183; y H. Planitz/K.A. Eckhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz/Köln 1961, pp. 308-311.

las monarquías absolutas trataban de afirmarse frente a los estamentos tradicionales, y que supuso de hecho la progresiva erosión de privilegios feudales en favor de la equiparación jurídica y política de todos, como súbditos, ante el príncipe soberano, erigido en titular único de un “poder directo, inmediato y tendencialmente ilimitado”, que concentraba en sí “las funciones, entonces difusas, de legislación, administración y jurisdicción”<sup>11</sup>. En el caso particular de *Brandenburg-Preussen* la sustracción estatal de la capacidad de decisión pública de la nobleza que Federico Guillermo I iniciara con la centralización burocrático-administrativa de las finanzas, el ejército y la política exterior en torno a dos nuevos órganos, el Directorio General y el Ministerio de Gabinete, controlados por él directamente o a través de la recién creada Cancillería, la consumaba Federico II extendiéndola al ámbito de la justicia y del derecho civil, espacios aún reservados por su padre a los estamentos.

Consignados en esta breve Introducción el inicio y los factores históricos de la reforma prusiana de la justicia, se ofrece a continuación un relato informativo más pormenorizado de ella en sus dos frentes durante el último tercio del siglo XVIII (capítulo 1), al que sigue una presentación exhaustiva del sentido y alcance específicamente ilustrado que la presidió, tal como se desprende de su inserción interpretativa por parte de sus actores principales en el debate coetáneo en torno a la cuestión *Was ist Aufklärung?* (capítulo 2).

---

11 Tarello, o.c., 211; 42-43.

LA REFORMA FEDERICIANA DE LA JUSTICIA.  
HISTORIA EXTERNA

Tal como documenta la Orden de Gabinete de 1780 y se ha indicado más arriba, las legislaciones civil y procesal discurrieron en Prusia-Brandemburgo paralelamente desde comienzos del siglo XVIII, integradas dentro de un amplio proyecto de reforma de la justicia, que esperaba poner fin a la proliferación y costosa demora de los litigios aligerando de formalidades el curso del procedimiento común (de origen romano-canónico), así como confeccionando a la vez un código general en lengua alemana que estableciera un “derecho cierto y permanente”<sup>1</sup>. Así, para subsanar los defectos de la administración de justicia, la *Allgemeine Ordnung, die Verbesserung des Justizwesens betreffend* del 21.06.1713, dictada por Federico Guillermo I meses después de su subida al trono, aboga ya tanto por la aceleración y abreviación procesales como por la fijación del derecho válido existente, aun cuando sea todavía en los limitados términos de una mera recopilación del mismo. Con más contundencia aún el *Unvorgreiflicher Plan wegen Verbesserung der Justiz*, presentado por el Canciller Samuel von Cocceji el 9 de mayo de 1746 a Federico II atendiendo a su requerimiento de un programa global de revisión de la justicia basado en “la razón, el derecho y la equidad”<sup>2</sup>, incluía, junto a medidas de saneamiento administrativo y de reducción temporal de los procesos, como decimotercer punto, la sustitución del “derecho romano latino” por un “derecho territorial germánico sobre suelo prusiano, que debe fundarse solamente en la razón natural y las constituciones del país”<sup>3</sup>. En este capítulo nos limitaremos a exponer sucesivamente en sus detalles externos esa historia bifronte de la reforma federiciana, empezando por la sección dedicada al procedimiento civil.

---

1 V. Kamptz (ed.), o.c., 83.

2 *Ibíd.*, 73. Una información más detallada sobre las primeras propuestas de reforma de la justicia, y particularmente del derecho procesal y la organización judicial bajo Federico Guillermo I v. H. Mohnhaupt, o.c., p. 466 ss.

3 Kamptz, o.c., 77.

### 1.1. Sobre la reforma procesal

Si bien es cierto que la reorganización político-administrativa de las estructuras y de las personas judiciales, planteada ya durante la etapa final de Federico Guillermo I, fue el mérito indiscutible de la reforma de la justicia llevada a cabo por el Canciller S. von Cocceji en 1746-48, no faltaron, sin embargo, en el *Project des Codicis Fridericiani Marchici* estipulaciones sobre el procedimiento civil que, no obstante, afianzaban simplemente la línea usual de las repetidas propuestas de aceleración y eliminación de prolijidades formales en el curso procesal tendentes, desde la fundación misma del Estado prusiano con el alborear del siglo (año 1701), a disponer el juicio sumario y oral como regla y el ordinario y escrito como excepción<sup>4</sup>. Pero aplazados *sine die* los trabajos de revisión del CFM a raíz de la muerte del Canciller en 1755 y con motivo de la Guerra de los Siete Años<sup>5</sup>, la renovada multiplicación de las quejas por la lentitud de los pleitos y los abusos en una administración de justicia que seguía sin responder a las expectativas del rey y a la exigencias del pueblo, llevó al convencimiento de que el origen de los males podía estar no tanto en deficiencias, ya prácticamente solventadas, del personal judicial cuanto en el “orden antinatural del proceso”, preso aún de las gravosas formalidades del derecho romano-canónico. Si la iniciativa de J.H.C. von Carmer de generalizar la fórmula de abreviación empleada coyunturalmente en Silesia para decidir con rapidez litigios de campesinos y señores, no llegó a prosperar en las deliberaciones sobre la reforma de la justicia mantenidas ante Federico II en enero de 1776<sup>6</sup>, se debió precisamente a que implicaba una *transformación*

---

4 A ello estaba dedicada la Segunda Parte y en cierto modo también la Cuarta Parte, que se refería a “procesos especiales” como el *Bagatellproze* ss. Cf. Abegg, o.c., 33-70; Bomsdorf, o.c., 66-74; y H. Mohnhaupt, o.c., pp. 471-472. Del *Codex Marchicus* hay una buena edición facsímil, basada en el texto de 1766, a cargo de N. Picardi y A. Giuliani (en: *Testi e Documenti per la Storia del Processo*, Vol. 3: *Codex Fridericianus Marchicus: Project des Codicis Fridericiani Marchici*, 1748, Milano: Giuffrè, 2000).

5 Fruto de esos trabajos inconclusos de revisión fueron, no obstante, los dos apéndices del *Codex Marchicus*, publicados en 1761 y en 1769.

6 Las actas de estas deliberaciones se hallan editadas por K.A.Ch.H. Kamptz (Hrsg.), “Verhandlungen über die Justiz-Reform in den Preussischen Staaten in den Jahren 1774 bis 1776”, *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* LVIII (1842), 3-60. Acerca de estas deliberaciones y en general acerca de toda la segunda fase de la reforma procesal emprendida en los años ochenta pueden consultarse Abegg, o.c., 83-89, 96-179; Stölzel, o.c., 137-44, 191-219; Bomsdorf, o.c., 75-96; K.W.

radical del *curso* del procedimiento civil, a la que se oponían frontalmente tanto el entonces Canciller von Fürst como el presidente del Tribunal de Cámara berlinés C.L. von Rebeur, ambos decididamente partidarios de *corregir* las perversiones surgidas con el paso del tiempo “simplificando todavía más el modo de proceder según los primeros principios” del *Codex Fridericianus*<sup>7</sup>.

Pues el punto principal, verdaderamente revolucionario y “más peligroso” del plan de Carmer era la proscripción de la libre abogacía en favor de la instrucción e investigación judicial *ex officio* de la verdad de los hechos, en la cual veía Fürst –argumento que entonces cautivara la voluntad del monarca– una ilegítima extensión del “método de inquisición e interrogación” penal, lo cual equivalía, en su opinión, a tratar el proceso civil como “un proceso criminal”, a “introducir el despotismo en los tribunales” y a minar así la “libertad natural” y la seguridad jurídica de las partes, dependiente en gran medida –según el Canciller– de que “los abogados controlen al juez”<sup>8</sup>. Con todo, el escándalo judicial que, intervención real incluida, representaron los sucesivos procesos desde 1773 del molinero Arnold, instruidos conforme al espíritu del *CFM*, recién reforzado por la *Neue Verordnung, um die Prozesse zu verkürzen* (15.1.1776) –a esta ordenanza condujeron las deliberaciones de comienzos de 1776–, proporcionó el motivo ocasional para que Federico II cambiase de parecer y confiara a Carmer, a través de la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780, la realización de su proyecto, tal como se plasmaría en la *Prozess-Ordnung* [= *PO*] del 26 de abril de 1781 y se consumaría luego en la *Allgemeine Gerichtsordnung* del 6 de julio de 1793.

Este reto procesal de más de una década no siguió, sin embargo, un camino rectilíneo, ni estuvo exento de enmiendas y de polémica, sobre todo porque se presentaba desde el principio con un cariz más revolucionario, subversor del método procedimental vigente, que meramente revisionista o corrector de abusos y triquiñuelas ocasionales. En efecto, su objetivo prioritario era –tal

---

Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976, pp. 24-30; y F. Ebel, *200 Jahre preussischer Zivilprozeß ss. Das Corpus Juris Fridericianum von Jahre 1781*, Berlin / New York, 1982, espec. p. 11 ss.

7 Kamptz, “Verhandlungen...”, o.c., 25.

8 *Ibíd.*, 48, 50-51, 9. Las objeciones de von Fürst se entenderán mejor si se recuerda que, sin olvidar el *procedimiento de acusación* contemplado también en la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, el proceso penal del derecho común era habitualmente un *procedimiento de inquisición*, en el cual el juez asumía de oficio tanto la apertura y dirección del mismo como la investigación de la verdad de los hechos. Cf. Conrad, o.c., 412-414, 429-433; Planitz/Eckhardt, o.c., 305-07.

como consta abiertamente en la Nota Preliminar de la *PO* de 1781— conceder al juez amplios poderes y libertad para *investigar* por sí mismo, *de oficio*, y “por la vía más corta y segura” *la verdad material de los hechos*, garantizando a la vez los derechos de las partes “contra todo tratamiento arbitrario”<sup>9</sup>. Mas la satisfacción de aquel requisito llevaba aparejada no sólo la eliminación de formalidades inútiles pero usuales en el proceso común, sino también el deber de comparecencia personal de las partes y, por ende, la exclusión de los abogados de la dirección e instrucción procesales, cuyo lugar venían a ocuparlo ahora los “consejeros asistentes”, nuevos portadores de la representación jurídica y al mismo tiempo funcionarios auxiliares del juez.

La duración de esta paradójica figura fue, no obstante, breve. Ante la desconfianza que había despertado en el público su función de hecho eminentemente judicial, los consejeros asistentes, ni siquiera contemplados luego en la *AGO* de 1793, quedaron ya prácticamente relegados con el *Circular-Rescript* del 20.9.1783, que permitía de nuevo, bien que excepcionalmente, la representación mediante apoderados, elegibles de entre los “comisarios de justicia” del tribunal, a través de los cuales retornaban de modo subrepticio al proceso, ciertamente muy mermados en sus atribuciones, los antiguos abogados, que, con todo, no volverían a ejercer como tales en Prusia hasta bien entrado el siglo XIX.

La radical innovación que en todo caso suponía la instrucción e investigación judicial de los hechos, núcleo de la reforma, obligó a un esfuerzo publicitario adicional para crear un estado de opinión favorable a los nuevos cambios tanto en los tribunales como en el público en general. Tal fue el propósito de la correspondencia fingida que desde finales de 1780, en tres cuadernos sucesivos, publicaron anónima, bajo el título *Brief-Wechsel über die gegenwärtige Justiz-Reform in den Preussischen Staaten*, el consejero de justicia O.N. Baumgarten y el jurista C.G. Svarez, colaborador íntimo de Carmer y alma laboriosa de toda la obra reformista. La acogida, sin embargo, al menos en los medios de la publicidad jurídica, llegó a ser extremadamente polémica y determinó el juicio desfavorable sobre la Orden Procesal, extendido entre los contemporáneos y legado incluso a la posteridad. Los escritos

---

9 “Vorbericht”, en: *CJF*, I, Berlín 1781, pp. XXII-XXIII, XXXV-XXXVI. Cf. *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* (ed. de A.J.Mannkopf, 3 vols., Berlín 1837-38, Einl. § 7, § 10; y [O.N. Baumgarten / C.G. Svarez], *Brief-Wechsel über die gegenwärtige Justiz-Reform in den preussischen Staaten*, Berlin: Decker, 1784, Tercer Cuaderno, 98. [El Primer y Segundo Cuadernos se publicaron en 1780].

de los juristas Schlettwein y principalmente de Selchow y aún más de C.L. von Rebeur<sup>10</sup>, enfrentado personalmente a los reformadores, difundieron, agudizándolas, las objeciones sacadas a relucir ya durante las deliberaciones de 1776; a saber, que la reforma introducía un *procedimiento de inquisición* para tratar asuntos civiles, allanaba de esta manera el despotismo de los tribunales y traía consigo además, abolida la libre abogacía, la aniquilación de la libertad privada de los súbditos. Semejantes críticas, difamatorias incluso en algún punto, no obstaculizaron, empero, el avance y consumación de los cambios procesales en la AGO de 1793, que se mantuvo en vigor en Prusia, con ulteriores modificaciones parciales, prácticamente hasta la creación del nuevo Ordenamiento Procesal del Imperio, la *Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich (ZPO)* de 1877.

## 1.2. Sobre la codificación civil

Los precedentes históricos, generalmente fallidos y limitados en su alcance a meras recopilaciones de leyes provinciales, datan de los primeros años del siglo XVIII<sup>11</sup>. Sin embargo, la idea de una codificación unitaria para todos

---

10 J.A. Schlettwein, “Zweifel und Fragen über die neue Preussische Prozess-Ordnung”, *Archiv für den Menschen und Bürger in allen Verhältnissen* 5 (1782), 451-469; J.H. von Selchow, “Briefwechsel über die gegenwärtige Justizreform” [Reseña], *Juristische Bibliothek von neuen juristischen Büchern und kleinen Abhandlungen* 5 (1782), 407-422; Ch.L. von Rebeur, *Observation sur la présente réforme de justice dans les états prusiens* (1786) [edición revisada en alemán, *Ueber die neue preussische Justiz-Reform*, Hannover 1789]. C.G. Svarez, que ya había defendido pública pero anónimamente la reforma en “Preussische Justizreform. An das Publicum. Ueber die alte und neue Prozess-Ordnung”, Berlín 1782 [publicado de nuevo en *Stats-Anzeigen* 3 (1783), 283-302], respondió a los dos primeros escritos en el Tercer Cuaderno del *Briefwechsel* (Berlín 1784). Sobre esta polémica v. Stölzel, o.c., 204-215.

11 Si exceptuamos el proyecto de Leibniz, *Corpus iuris reconcinnatum* (1672), presentado a instancias del Príncipe Elector de Mainz como un plan de codificación para todo el Imperio Germánico y jamás ejecutado, las primeras iniciativas en Prusia corresponden a Federico Guillermo I, quien encarga el 18 de junio de 1714 a la Facultad de Derecho de Halle la redacción en tres meses de unas “Constitutiones” que no llegarían a realizarse, puesto que Ch. Thomasius, presidente de la comisión nombrada al respecto, rechazó la tarea aduciendo que la época no estaba madura para la legislación. Sobre la historia de la codificación prusiana durante la primera mitad del siglo XVIII v. W. Dilthey, “Das Allgemeine Landrecht”, en: *Gesammelte Schriften*, vol. XII, Leipzig/Berlín 1936, Stuttgart



los Estados prusianos, formulada ya por el rey Federico Guillermo I en 1738, no se lleva a cabo hasta el reinado de Federico II, cuando en 1746, dentro de un amplio programa de reforma de la justicia, el monarca encomienda al Canciller S. von Cocceji la elaboración de un código del derecho territorial germánico, que pudiera hacer las veces del derecho común latino y contase además con leyes precisas y comprensibles, basadas “en la razón y en las constituciones del país”<sup>12</sup>. Pero el *Project des Corporis Juris Fridericiani*, del que sólo se publicaron las dos primeras partes en 1749 y 1751 respectivamente, no respondía a las intenciones empírico-germanistas del monarca ilustrado, recién confirmadas en su *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* de 1750. Samuel von Cocceji, fiel a las convicciones romanistas<sup>13</sup>, había partido unilateralmente del derecho romano e intentado obtener de él por análisis y abstracción de todo lo temporal un derecho de razón universalmente válido, sin tener en cuenta la peculiar diversidad jurídica de una sociedad estructurada en estamentos. Cuando, reanudados los trabajos de codificación en 1780, el Canciller von Carmer encarga al jurista F.N. Volkmar preparar un resumen del *Corpus Juris Civilis* que sirva de base preliminar para el nuevo código, lo hace, empero, con la convicción de que el derecho romano, lejos de ser el depósito histórico del derecho natural -como había creído la tradición racionalista del XVII (Domat, Leibniz e incluso Pufendorf)-, constituye más bien el núcleo sustantivo de las costumbres jurídicas específicamente prusianas, de manera que en vez de “crear un *ideal*” e “inventar nuevas leyes”, universales y necesarias, bastaba con acomodar

---

1960<sup>2</sup>, pp. 136-142, y Tarello, o.c., 222-234. Sobre la historia de la codificación prusiana durante la segunda mitad del siglo XVIII v. H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, Köln/Opladen 1958, p. 13-17; W. Dilthey, o.c., 143-152; H. Hattenhauer, “Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts”, en: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794* (edic. del texto), Frankfurt am Main 1970, p. 19-37; y “Daten zur Geschichte des Allgemeinen Landrechts”, en: J. Wolff, *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg, 1995, p. 287 ss.; Tarello, o.c., 316-331; F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la Edad moderna*, Madrid 1957, p. 299-307; y sobre todo, por su amplia información, Stölzel, o.c., 220-279, 320-403; y A. Schwennicke, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main 1993, p. 13-61.

12 Kamptz (ed.), “Die Justiz-Reform...”, o.c., 98, 133.

13 Samuel von Cocceji, por su formación pufendoriana, estaba familiarizado con la terminología y el pensamiento romanistas (véase más arriba p. 20, nota 4).



la legislación al (des)orden establecido, corrigiendo, eso sí, las antinomias, completando los vacíos y simplificando las meras sutilezas legales del “*derecho recibido*” de acuerdo con la idiosincrasia del país y los “principios de la sana razón y la equidad natural”<sup>14</sup>.

Con esta prudencia conservadora, que contrasta con la radicalidad de las simultáneas innovaciones procesales, el Canciller von Carmer y sus colaboradores directos en los trabajos legislativos, C.G. Svarez y E.F. Klein<sup>15</sup>, fueron confeccionando y publicando progresivamente entre marzo de 1784 y junio de 1788 los seis volúmenes del *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, que, reelaborados exhaustivamente atendiendo a las observaciones críticas de autoridades, estamentos y particulares en general, condujeron al *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*

---

14 Cf. al respecto las observaciones críticas de Svarez al primer borrador del Proyecto presentado por Klein a finales de 1782 y la carta a De Villeneuve del 12.4.1785, ambas en Stölzel, o.c., 231 y 160 respectivamente, así como el *Brief-Wechsel*, Tercer Cuaderno (1784), 109-113, y [C.G.Svarez], “Kurze Nachricht von dem neuen Preussischen Gesetzbuche und von dem Verfahren bey der Ausarbeitung desselben”, en: *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in der Preussischen Staaten* 8 (1791), p. XXIV ss.

15 Ernst Ferdinand Klein (1743-1810), jurista de profesión (había estudiado en la Facultad de Derecho de Halle, donde fue alumno de Daniel Nettelblatt) pero de vastísima formación cultural, fue designado por el Canciller von Carmer en 1781 para colaborar junto con Svarez en las tareas de codificación. Al servicio de la empresa legislativa editó entre 1788 y 1809 los *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten*; y como penalista coeditó desde 1798 el *Archiv des Criminalrechts*. Fue además miembro del Tribunal de Cámara de Berlín desde 1789 y Rector de la Universidad de Halle desde 1791. Su producción fue tan amplia como intensa su actividad pública en calidad de alto funcionario del Estado prusiano. Destaca, no obstante, por el libro de diálogos *Freyheit und Eigenthum* (Berlín/Stettin, 1790), publicado anónimo, y por su tratado *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben* (Halle, 1797). Acerca de la vida de E.F. Klein puede consultarse E. Hellmuth, “Kurzbiographie: Ernst Ferdinand Klein (1743-1810)”, en: G. Birtsch (Hrsg.), *Das Idealtyp des aufgeklärten Herrschers*, Hamburg: Meiner, 1987, 121-123; y el minucioso trabajo de Klaus Berndt, *Ernst Ferdinand Klein (1843-1810). Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts*, Münster / Hamburg / Berlín / London: LIT, 2004; para el pensamiento de Klein véase E. Hellmuth, “Politische Reflexionen im Preussen der Spätaufklärung”, en: H.E. Bödeker / U. Herrmann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, Hamburg: Meiner, 1987, 222-236; y especialmente Michael Kleensang, *Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein: Einstellungen zu Naturrecht, Eigenthum, Staat und Gesetzgebung in Preussen 1780-1810*, Frankfurt/M: Klostermann, 1998.

(=AGB) de 1791, cuya entrada en vigor el 1 de junio de 1792 fue, no obstante, aplazada indefinidamente debido -según la Orden de Gabinete del 18 de abril de 1792- a que el público no se había familiarizado aún con su contenido. Para debilitar este argumento oficial, en un gesto no exento de ironía, Svarez daba a conocer al año siguiente el nuevo código en un extracto popular del mismo, el *Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preussischen Staaten*. No fue ello, con todo, lo que doblegó la voluntad de las autoridades; el reparto de Polonia en enero de 1793 había supuesto para Prusia la adquisición de una nueva provincia, *Südproussen*, que era preciso aleccionar en el espíritu y la praxis del nuevo Estado, y para ello se estimó oportuno introducir allí el nuevo código, sin apenas purificación de los párrafos “más peligrosos”, los concernientes al Derecho Público contenido en él, que -tal como se puso de manifiesto en la correspondencia polémica mantenida entonces entre el ministro de Justicia en Silesia A.A. H.C. von Danckelmann y el Canciller von Carmer<sup>16</sup>- había sido el motivo fundamental de la suspensión. El texto resultante de los trabajos de revisión iniciados a finales de diciembre de 1793 fue publicado el 5 de febrero de 1794 con el título *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* y entró en vigor, con carácter subsidiario para toda Prusia (salvo *Südproussen*), el primero de junio del mismo año.

Como puede comprobarse, la travesía conducente a la codificación fue lenta y tortuosa. Desde el comienzo las capas influyentes de Berlín mostraron una actitud hostil hacia una empresa dejada en manos de un grupo de funcionarios venido de provincias, y, además, de una provincia recién anexionada como Silesia. Por otra parte, y aun cuando el nuevo código había ido fraguándose en el marco de un debate público, en el que además de los propios legisladores y una Comisión de Ley nombrada al efecto, participaron con sus *monita* o sus propuestas los colegios de justicia, especialistas en derecho nacionales o extranjeros, intelectuales, ciudadanos interesados y tras la muerte de Federico II en agosto de 1786 también los estamentos privilegiados; pese a ello, la nobleza se hallaba molesta por no haber sido consultada desde el principio por el rey, y temía verse disminuida en sus derechos por una obra -a sus ojos- dirigida desde arriba y ejecutada por un equipo de burócratas advenedizos.

---

16 Sobre esta correspondencia polémica v. Stölzel, o.c., 373-91, y el apéndice de Hans Thieme, “Anhang. Aus dem Briefwechsel des Grosskanzlers v. Carmer mit dem schlesischen Justizminister v. Danckelmann”, en: H. Thieme, *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Köln / Wien: Böhlau, 1986, vol.1, p. 757-768.

Esta hostilidad inicial se agudizó posteriormente, hasta inducir el bloqueo –como hemos visto– de la codificación misma, cuando concurrieron con ella otros dos factores sociales y políticos de gran relevancia para la historia ulterior de Prusia. Nos referimos, en primer lugar, al movimiento de *contra-Ilustración* que con la subida al trono de Federico Guillermo II emprendió la orden místico-masónica de la Cruz Rosada, algunos de cuyos miembros (Wöllner, Bischofswerder, Goldbeck) ocuparon entonces altos cargos en la administración, y que tenía por objetivo poner el Estado al servicio de los intereses estamentales y de la religión luterana ortodoxa, tal como llegaría a plasmarse en el famoso Edicto de Religión del 9 de julio de 1788. Y, en segundo lugar, nos referimos también a la *reacción contra-revolucionaria* desatada en los países germánicos a comienzos de 1792 ante la evolución antimonárquica de los acontecimientos franceses, que además se complicó y exacerbó en Prusia por la posición desafiante del *Kammergericht* de Berlín en el proceso contra el “licencioso” predicador Schulz<sup>17</sup> y por las recensiones literarias del *AGB*, que asociaban los preceptos “políticos” de su Introducción con los artículos correspondientes de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del

---

17 El proceso abierto a finales de 1791 contra el predicador Schulz de Gielsdorf, acusado de difundir doctrinas desviadas de la ortodoxia luterana exigida por el Edicto de Religión de julio de 1788, y de corromper las buenas costumbres con su licencioso hábito de prescindir de la peluca oficial en el púlpito, llegó a la Sala de lo Penal del Tribunal de Cámara de Berlín, presidida entonces por Leopold von Kircheisen, en enero de 1792. Este Tribunal, no encontrando mácula moral alguna en la vida de Schulz y aduciendo su incompetencia para juzgar asuntos teológicos, decidió solicitar un dictamen del Consistorio -autoridad suprema, también judicial, en materia religiosa- acerca de si las enseñanzas del predicador se apartaban de las verdades de la fe. Como el Consistorio reconoció el carácter cristiano, aunque no luterano, de las doctrinas de Schulz, el Tribunal lo absolvió de todo reproche moral y lo mantuvo en su cargo. Esta sentencia motivó la intervención del rey Federico Guillermo II, quien, contra el parecer de todo el Departamento de Justicia, depuso de su función al predicador Schulz (Orden de Gabinete del 21.5.1792) y a todos los jueces del Tribunal de Cámara, porque se habían negado a cumplir su Edicto, y parecía como si quisieran representar “una especie de Parlamento”, que menoscababa su soberanía. A este respecto el rey tenía presente además el desafiante discurso del propio Kircheisen ante el príncipe heredero de la corona el 6 de marzo del mismo año, en el que el presidente del *Kammergericht* había declarado injusta toda sentencia de autoridad (*Machtspruch*), una idea que el § 6 del recién publicado *AGB* venía a recoger en términos parecidos. Sobre este asunto v. Stölzel, o.c., 329-353; Leopold Volkmar, *Religionsprozess des Predigers Schulz*, Leipzig 1846, y W. Hülle, “Der Religionsprozess der preussischen Kammergerichts gegen den ‘Zopfschulzen’ (1792)”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 93 (1981), 529-558.

Ciudadano<sup>18</sup>, dando pábulo de este modo a quienes veían en el nuevo código una especie de Constitución usurpadora –como en Francia– de la soberanía absoluta del rey. La Revolución Francesa venía, así, desde fuera a empañar el verdadero alcance histórico de un código que, desde su concepción ilustrada, en modo alguno quiso cuestionar el absolutismo monárquico sino más bien sancionarlo del todo, y ello en detrimento del viejo orden político estamental, del que se preservaba, no obstante, su estructura social de desigualdad jurídico-privada, justificada ahora como emanación de la voluntad soberana del príncipe. Debido precisamente a esta fundación constitucional implícita de la monarquía absoluta que el gran rey ilustrado había puesto en práctica durante su largo gobierno, quizás podamos seguir considerando el *ALR* –tal como dijera Thieme– “el *opus postumum* de Federico el Grande”<sup>19</sup>.

---

18 Las susodichas reseñas eran estas: “Etwas über das neue Preussische Gesetzbuch und die Französische Revolution”, *Deutsche Zeitung oder Moralische Schilderungen, Sitten und Staaten unserer Zeit. Mit besonderer Rücksicht auf Deutschland* (Gotha) 47 (25.11.1791), Sp. 797-811; “Friedrich Wilhelm der Gesetzgeber”, *Berlinische Monatsschrift* 19 (1792), 5-29; y la de Fischer, “Friedrich und Friedrich Wilhelm, die Gesetzgeber. Eine Meditation bay Gelegenheit des neuen Gesetzbuches”, *Deutsche Monatsschrift* 1:1 (Januar 1792), 7-30. Véase más abajo p. 118, nota 14. Asimismo cf. Schwennicke, o.c., 50-55.

19 Hans Thieme, o.c., 370.

ILUSTRACIÓN JURÍDICA:  
IDEA “CLARA” Y PRAXIS “CORRECTA” DE LA VIDA PÚBLICA

La incorporación de la tópica ilustrada es característica de la segunda fase de la reforma de la justicia. Las apelaciones a la “sana razón” o a la “naturaleza de la cosa”, implícitas ya en la denuncia del “orden antinatural” del proceso o en el requisito de concordancia del nuevo código con la “ley natural y la constitución vigente” que suscribe la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780, se amplían y hacen más explícitas posteriormente en algunas declaraciones teóricas de Svarez, como, por ejemplo, las que fundamentan filosóficamente, en el Tercer Cuaderno del *Briefwechsel* (1784)<sup>1</sup>, la máxima de investigación judicial de la *Prozess-Ordnung* como un principio “que la razón ilustrada reconoce como correcto”.

En esta evolución hacia una conciencia nítida del sentido *ilustrado* de los recientes cambios legislativos jugó seguramente un papel decisivo el debate abierto sobre la Ilustración en los años ochenta, que tuvo una especial resonancia en las reuniones secretas de la Sociedad del Miércoles, de la cual formó parte el jurista prusiano desde su fundación en diciembre de 1783. Pues en el marco reflexivo de aquella sociedad ilustrada de burócratas e intelectuales del Estado prusiano, constituida, con “fines patrióticos”, como un foro de libre discusión racional sobre cualquier tema de utilidad para los ciudadanos y el “bien de la humanidad”<sup>2</sup>, pudo Svarez someter a debate intelectual

---

<sup>1</sup> *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, p. 97-100.

<sup>2</sup> Cf. “Estatutos de fundación de la Sociedad del Miércoles”, cláusula 5, en: M. Hernández Marcos, “Republicanism literario’. Ilustración, política y secreto en la Sociedad del Miércoles”, *Res Publica* (Murcia) 9 (2002), p. 166. Sobre los miembros, objetivos y fundación de la “Sociedad del Miércoles” (*Mittwochsgesellschaft*), véase M. Hernández Marcos, “Republicanism literario’...”, o.c., pp. 127-167; así como G. Birtsch, “Die Berliner Mittwochsgesellschaft”, en: H.E. Bödeker / U. Herrmann (Hrsg.), *Über den Prozess der Aufklärung in Deutschland im 18. Jahrhundert*, Göttingen, 1987, pp. 94-112; H. Meisner, “Die Freunde der Aufklärung. Geschichte der Berliner Mittwochsgesellschaft”, en: *Festschrift zur 50. jährigen Doktorjubiläum Karl Weinholds am 14. Januar 1896*, Strassburg, 1896, pp. 43-54; y A. Stölzel, o.c., p. 178 y ss. La obra más completa sobre esta Sociedad, sus miembros, objetivos y pensamiento es la de Ernst Haberkern, *Limitierte Aufklärung. Die protestantische Spätaufklärung in Preussen am Beispiel der Berliner Mittwochsgesellschaft*, Marburg: Tectum, 2005.

algunos asuntos de Derecho Político General y de interés político-práctico antes de la toma de decisiones públicas (censura y libertad de prensa, legislación, ilustración y fanatismo, exención de impuestos en estamentos privilegiados...) y, sobre esta base de fundamentación teórico-racional, acreditar luego las reformas acometidas como un ejercicio de Ilustración en el ámbito del derecho y de la administración de justicia, cubierto hasta entonces por las tinieblas del corpus jurídico romano y la artificiosa disposición de su procedimiento civil. El esclarecimiento de esta peculiar comprensión ilustrada de la reforma procesal y de la codificación requiere, pues, prestar atención previamente al debate sobre la *Aufklärung* que tuvo lugar en el seno de la Sociedad del Miércoles, ya que aquellas discusiones nos dibujan el perfil propio de la Ilustración oficial prusiana, sólo desde cuyo horizonte conceptual podremos entender luego el significado particular de su versión jurídica.

### 2.1. *¿Qué es Ilustración? El debate en la Sociedad del Miércoles*

Como es sabido, la célebre polémica sobre la Ilustración se inició en Alemania con motivo de la pregunta propuesta en 1777 por el rey Federico II a la Academia Prusiana de las Ciencias como tema para el concurso del año 1780, en la que se interrogaba por la utilidad de engañar al pueblo, inculcándole nuevos errores o afianzándole en los ya existentes. *Est-il utile au peuple d'être trompé, soit qu'on l'induisse dans des nouvelles erreurs, ou qu'on l'entretienne dans celles où il est ?* – rezaba la cuestión. La candencia del tema se puso de manifiesto no sólo por su capacidad de convocatoria (logró reunir en torno al Premio hasta 42 trabajos), sino también por su efecto de resonancia social, ya que sirvió para desencadenar entre los intelectuales un amplio proceso de autorreflexión sobre el significado, el alcance y los límites de las Luces de la razón, que alcanzó a finales de 1783 su punto culminante, cuando el teólogo y predicador Johann Friedrich Zöllner, en una nota a pie de página de la *Berlinische Monatsschrift*, desafió al público alemán a responder directamente a la pregunta *Was ist Aufklärung?*, antes de comenzar a ilustrar<sup>3</sup>. El esfuerzo

---

3 Sobre la cuestión de la Academia Prusiana y los trabajos presentados véase la introducción y edición de Werner Kraus (Hrsg.), *Est-il utile de tromper le peuple?*, Berlin, 1966; así como el Estudio preliminar de Javier de Lucas en la edición española: *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, Madrid: C.E.C., 1991. Sobre el debate de la Ilustración en general véase el documentado trabajo de Werner Schneiders, *Die wahre Aufklärung. Zum Selbstverständnis der deutschen Aufklärung*, Freiburg / München, 1974, y el de H. Stuke, "Aufklärung", en: O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grund-*

por arrojar luz sobre las Luces mismas involucró entonces a los principales pensadores del momento (Kant, Mendelssohn, Eberhard, Reinhold...) y otorgó profundidad histórica a un debate que se prolongó de hecho, con matices nuevos en función de la evolución de los acontecimientos, a lo largo de toda la década de los ochenta.

Ese ejercicio autorreflexivo encontró especial eco en las sesiones cerradas del grupo de los autoproclamados “Amigos de la Ilustración” que componían en Berlín la *Mittwochsgesellschaft*. En la ponencia inaugural y programática del 17 de diciembre de 1783, el entonces médico de cámara del rey, Johann Karl Wilhelm Möhsen, sometía a la libre deliberación del grupo precisamente la pregunta por la Ilustración, orientándola, no obstante, hacia el examen de los defectos y obstáculos que habían impedido su florecimiento en Alemania, así como especialmente a la indagación de su utilidad no sólo “para el público” en general, sino también “para el Estado y el gobierno”<sup>4</sup>. En esta orientación patriótica de la reflexión ilustrada veía Möhsen ciertamente la razón de ser de

---

*begriffe*, Stuttgart / Bad Cannstatt, 1974, vol.1, p. 250 y ss.; así como la Introducción y edición de Norbert Hinske (Hrsg.), *Was ist Aufklärung? Beiträge aus der Berlinischen Monatsschrift*, Darmstadt, 1981.

4 J.K.W. Möhsen, “Was ist zu thun zur Aufklärung der Mitbürger?” (17.12.1783), en: L. Keller, “Die Berliner Mittwochs-Gesellschaft. Ein Beitrag zur Geschichte der Geistesentwicklung Preussens am Ausgange des 18.Jahrhunderts”, *Monatshefte der Comenius-Gesellschaft* 5 (1896), pp. 67-94, aquí pp. 74-75. Este trabajo de Keller contiene una edición fragmentaria de los textos del debate sobre la Ilustración basada en el *Nachlass* de J.K.W. Möhsen, cuyo manuscrito se halla actualmente en la Deutsche Staatsbibliothek de Berlín con la signatura: *Moehsen Borussica* fol. 443. Algunas de aquellas ponencias (en concreto, las de Zöllner, Gedike, Irving y Selle) han sido también publicadas, como apéndice, por E. Haberkern, *Limitierte Aufklärung...*, o.c., p. 355 ss. Para una reconstrucción cronológica de los textos del debate, junto con un informe crítico de la transmisión de los manuscritos v. H. Hümpel, “Was heisst aufklären? - Was ist Aufklärung? Rekonstruktion eines Diskussionsprozesses, der innerhalb der Gesellschaft von Freunden der Aufklärung (Berliner Mittwochsgesellschaft) in den Jahren 1783-1789 geführt wurde. Ein Editionsbericht”, *Jahrbuch für die Geschichte Mittel- und Ostdeutschlands* 42 (1994), pp. 185-226. Acerca de este debate en torno a la Ilustración en la Sociedad del Miércoles v. E. Hellmuth, “Aufklärung und Pressefreiheit. Zur Debatte der Berliner Mittwochsgesellschaft während der Jahre 1783 und 1784”, *Zeitschrift für historische Forschung* 9 (1982), pp. 315-345, y *Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Werthorizont*, Göttingen 1985, p. 179 ss.; así como B. Nehren, “Selbstdenken und gesunde Vernunft. Über eine wiederaufgefundene Quelle zur Berliner Mittwochsgesellschaft”, *Aufklärung* 1 (1986), pp. 87-101; y, por supuesto, E. Haberkern, o.c., pp. 215 ss.



la Sociedad recién fundada, pero también una salida airosa del escepticismo del monarca prusiano acerca de la viabilidad, en aquel momento, de la “Ilustración de la nación”; escepticismo que había llevado a Federico II -interpretaba Möhsen- a desplazar la cuestión del concurso de la Academia Prusiana hacia el problema de la utilidad social del engaño, y asimismo a resolverlo concediendo *ex aequo* el Premio a las respuestas negativa (del pedagogo R.Z. Becker) y afirmativa (del matemático F. De Castrillon) para “no escandalizar mediante un juicio definitivo”<sup>5</sup>. La Sociedad del Miércoles surgía, por tanto, con una firme autoconciencia de que era posible despejar cualquier duda sobre el valor y la oportunidad del pensamiento ilustrado en Prusia, y a la vez de que ese porvenir y buena fortuna pasaban, sin embargo, por reconducir el discurso razonado de las Luces hacia temas *políticos*, que fuesen no sólo de interés y utilidad para la sociedad, sino también para el buen gobierno del Estado y el bienestar de sus ciudadanos. Este giro *político-práctico*, tanto en los temas como en la finalidad de la *Aufklärung*, sale a relucir con nitidez, como la posición predominante, en el largo debate sobre el significado y alcance de la razón ilustrada que tuvo lugar en dicha Sociedad berlinesa en el año 1784, y en el que participaron activamente los juristas Svarez y Klein. De ese concepto predominante de Ilustración que se desprende de las ponencias y observaciones críticas al respecto, se ofrecen a continuación, de manera sintética, sus notas más características, destacando en ese contexto particularmente la concepción de Svarez.

Casi a manera de precipitado último y acrisolado de las discusiones de años precedentes, el jurista prusiano comenzaba su ponencia del 1 de abril de 1789 ante la Sociedad del Miércoles, titulada *Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung*, con una caracterización escueta de la Ilustración en la que presentaba escalonadamente su significado mediante una triple gradación conceptual. En primer lugar, la Ilustración concierne a la “formación y ejercicio de la *facultad de pensar*”; en segundo lugar, se refiere prioritariamente al uso de la razón en “*asuntos prácticos* de utilidad general”; y, en tercer lugar, se concreta en la capacidad para tener un *juicio propio* sobre estos

---

5 J.K.W. Möhsen, o.c., p. 75. Los libros premiados *ex aequo* en 1780 por la Academia Prusiana a los que alude Möhsen son éstos: R. Z. Becker, *Beantwortung der Frage: Kann irgendeine Art von Täuschung dem Volke zuträglich sein, sie bestehe nun darinn, dass man es zu neuen Irrtümern verleitet, oder die alten eingewurzelten fortdauern lässt?* (Leipzig, 1781); y Frédéric de Castillon, *Dissertation sur la question: Est-il utile au peuple d'être trompé, soit qu'on l'induise dans des nouvelles erreurs, ou qu'on l'entretienne dans celles où il est ?* (Berlin, 1780).



asuntos<sup>6</sup>. Con estas tres notas condensaba Svarez, y hacía suya, la manera como aquel grupo berlinés de burócratas e intelectuales al servicio del Estado federiciano entendía la *Aufklärung*.

En primer lugar, Svarez y la Sociedad del Miércoles comprenden la Ilustración ante todo como *cultura del entendimiento*, conforme a la concepción predominante en Prusia a comienzos de los años ochenta y en contraste con la solitaria posición de Kant, quien en su célebre ensayo de 1784 *Beantwortung der Frage: Was heisst Aufklärung?*, plantea críticamente que se entienda más bien como acto de la voluntad y proyecto de autonomía del hombre. Para el grupo berlinés, por el contrario, la *Aufklärung*, en un *sentido general*, consiste en la difusión, aumento o posesión de conocimientos *correctos* acerca de todo tipo de objetos, en la medida en que ello conlleve “la eliminación de la oscuridad” causada por “opiniones incorrectas preexistentes” o por “prejuicios infundados”<sup>7</sup>. El propio Mendelssohn, que interviene en este debate interno, considera abiertamente la Ilustración como la parte “teórica” de la *Bildung* y la cifra objetivamente en la “masa total” de “conocimientos racionales”<sup>8</sup>. A esta concepción teórico-cognoscitiva de la *Aufklärung* se adhiere también Svarez cuando vincula la formación y ejercicio de la facultad de pensar tanto a la adquisición y aumento en la “provisión de conceptos y conocimientos” mediante el “estudio de las ciencias” y la práctica de la reflexión, como a la “corrección” de los mismos y al convencimiento propio “de

---

6 C.G. Svarez, «Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung», en: *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798)*, ed. por H. Conrad y G. Kleinheyder, Köln und Opladen 1960, p. 634. Véase el Apéndice final de textos, en el que se incluye la traducción de esta ponencia.

7 J.J. Spalding, *Votum* (14.5.1784) zu Vorträge von: J.F. Zöllner, «Was heisst aufklären?» (21.1.1784), y Ch.G. Selle, «Was ist Aufklärung?» (21.1.1784), en: *Moehsen Borussica* fol. 443, hoja 188 vuelta. Cf. asimismo J.F. Zöllner, o.c., ibídem, hoja 182; y Ch.G. Selle, o.c., ibídem, hoja 184.

8 “La Formación [*Bildung*] se descompone en Cultura e Ilustración. Aquella parece concernir más a lo práctico [...]. La Ilustración, en cambio, parece referirse más a lo teórico, al conocimiento racional [...] La Ilustración se relaciona con la Cultura como, en general, la teoría con la praxis, como el conocimiento con la moral, como la crítica con el virtuosismo” (M. Mendelssohn, *Votum* (16.5.1784), en: *Moehsen Borussica* fol.443, hoja 186 vuelta). Este *Votum* manuscrito fue la base del célebre texto de Mendelssohn sobre Ilustración publicado en la *Berlinische Monatsschrift* 4 (September 1784), pp. 193-200. Para el fragmento citado cf. “Ueber die Frage: Was heisst aufklären?”, en: M. Mendelssohn, *Ästhetische Schriften in Auswahl* (hrsg. von O. F. Best), Darmstadt, 1994, p. 266-67.

lo que uno ha conocido como verdadero”<sup>9</sup>. Se trata, sin duda, de una visión de cuño racionalista, que liga la Ilustración exclusivamente a la búsqueda de la *verdad* objetiva acerca del mundo a través de un proceso incesante de esclarecimiento de nuestras ideas sobre las cosas, que supuestamente se logra mediante la ciencia y la filosofía, esto es, mediante la acumulación y el progreso del *saber* racional o erudición (*Gelehrsamkeit*). Una Ilustración así entendida, como cultivo e iluminación del entendimiento, no puede proponerse tanto la emancipación y autonomía del hombre cuanto más bien la lucha contra el *error* y sus fuentes: la ignorancia, el prejuicio, la superstición y el fanatismo<sup>10</sup>.

Con todo, Svarez y la Sociedad del Miércoles están lejos de identificar la Ilustración con el mero saber erudito sobre cualesquiera objetos, tal como lo practican los especialistas. El uso cognoscitivo de la razón, la claridad y corrección de conceptos que define *en general*, metodológicamente, al pensar ilustrado, recibe, en segundo lugar, su perfil específico, *particular*, de la orientación material hacia “objetos de utilidad común”. Este *significado estricto* de Ilustración fue subrayado por algunos miembros del grupo berlinés, al distinguir –en consonancia con la posición dominante al respecto en Alemania– entre una Ilustración meramente *técnica*, centrada en la enseñanza o posesión de conocimientos claros y precisos relacionados con “el oficio o el estamento particular”, y la Ilustración propiamente dicha, que se refiere sólo a la posesión y difusión de “representaciones correctas sobre los asuntos comunes del *hombre y del ciudadano*”<sup>11</sup>. En un sentido similar, Mendelssohn

9 *Vorträge*, p. 455, 585 y 59. Cf. p. 511-12. Citamos a lo largo de este trabajo los textos de las *Kronprinzenvorträge* de Svarez por esta edición de Conrad – Kleinheyer.

10 Uno de los temas abordados en el debate sobre la Ilustración en el seno de la Sociedad del Miércoles fue precisamente el del “fanatismo” (*Schwärmerei*), que F. Gedike consideraba como la amenaza principal de la *Aufklärung*, y que atribuía a una seducción de la mente “por la imaginación y por los sentimientos oscuros” (F. Gedike, “Über die heutige Schwärmerei” [fecha presumible: 7.7.1784], en: *Moehsen Borussica* fol. 443, hoja 230 vuelta).

11 J.J. Spalding, *Votum* (24.5.1784), en: *Moehsen Borussica* fol.443, hoja 188 vuelta. Cf. J.F. Zöllner, “Was heisst aufklären?” (21.1.1784), *ibidem*, hoja 182. No hay unanimidad entre los miembros de la Sociedad del Miércoles en el término empleado para designar a la que denominamos aquí “Ilustración técnica”. Mientras Spalding la califica simplemente de *Unterricht*, Ch.G. Selle habla de *Weisheit und Gelehrsamkeit* y diferencia entre *Gelehrter* o *weiser Mann* y *aufgeklärter Mann* (cf. Ch.G. Selle, “Was ist Aufklärung?” (21.1.1784), *ibidem*, hojas 184 vuelta y 185). Por otra parte, el concepto *práctico* de Ilustración que tiene la Sociedad del Miércoles e inspira su existencia, sale a relucir ya en los propios estatutos de su fundación, cuya cláusula quinta fija con nitidez la siguiente restricción

reservaba el término *Aufklärung* exclusivamente para el conocimiento racional de lo relacionado con el desarrollo y cumplimiento del “destino humano”, si bien distinguía a este respecto entre la “Ilustración del ciudadano”, que apunta a la realización del destino civil del hombre como ser social mediante el suministro de un *saber especializado* en función del estamento y de la profesión, y la “Ilustración del hombre”, que concierne a su interés universal como ser humano y, por tanto, es independiente de su posición social<sup>12</sup>.

Esta visión *práctica* de la Ilustración como pensar claro y correcto acerca de los asuntos relacionados con el destino propiamente humano, hacía de la religión, de la ética y de la política el núcleo temático del esclarecimiento racional, y convertía la discusión tanto como la enseñanza de los derechos y deberes morales y civiles en materia central del quehacer ilustrado. Como señaló el teólogo Spalding con manifiesta lucidez, la *Aufklärung* aspira a “la liberación de la superstición religiosa y política”, y conlleva, por tanto, la tarea de dar a “conocer a los hombres ofuscados por los prejuicios la verdad racional en la religión y los derechos humanos, y en todo caso también los derechos civiles según la constitución en el estado social [*auch allenfalls constitutionsmässige Bürgerrechte in Ansehung der gesellschaftlichen Verfassung*]”<sup>13</sup>. Como es obvio, esta tarea tenía esencialmente una proyección colectiva, debía traducirse sobre todo en un programa pedagógico de formación intelectual de una masa social acostumbrada al prejuicio y a la superstición, mediante la difusión en ella de las ideas claras y correctas acerca de estos asuntos prácticos<sup>14</sup>. Esta labor de educación social y propagación pú-

---

en los temas de debate: “Entre los objetos [de las ponencias] se exceptúan: la verdadera [eigentliche] Teología, la Jurisprudencia, la Medicina, la Matemática, la Crítica filológica y las noticias de periódicos; pero no los resultados que se siguen de ellas para la Ilustración y el bien de la humanidad” (“Estatutos de fundación de la Sociedad del Miércoles”, en: M. Hernández Marcos, “Republicanismo literario’...”, o.c., p. 167).

12 Cf. M. Mendelssohn, “Ueber die Frage: Was heisst aufklären?”, en: Idem, *Ästhetische Schriften in Auswahl*, o.c., pp. 265-268.

13 J.J. Spalding, *Votum*, ibídem, hojas 188 vuelta y 189.

14 Acerca del doble objetivo ilustrado de la Sociedad del Miércoles, a saber, como foro de *autoilustración* sobre temas prácticos a través de la discusión libre y racional entre sus miembros, y como base de *Ilustración ajena* o de los ciudadanos, según rezaba en el título de la citada ponencia inaugural de Moehsen, y acerca de la discusión al respecto dentro de ella, v. J.H. Wloemer, *Votum* (17.2.1784), en: L. Keller, o.c., p. 86; J.C.W. Möhsen, *Votum* zu J.H. Wloemer, “[Von der Aufklärung ausgehende Gefahren für Staat und Gesellschaft]” (é3. o 17.3.1784?), en: *Moehsen Borussia* fol.443, hoja 249; F. Gedike, o.c., ibídem, hoja

blica de los conceptos adecuados de las cosas, que ha llevado históricamente a entender la Ilustración, de manera ya tópica, básicamente como *Ilustración del pueblo*, fue también uno de los objetivos impulsores –y tema de discusión– de la Sociedad del Miércoles, aunque apenas llegara a cumplirlo con eficiencia, mermada como estaba, en este aspecto, por su propia constitución discrecional como sociedad secreta, así como por una cierta ideología elitista o aristocrática acerca del alcance de la *Aufklärung* y un sentido de la utilidad política de su extensión a las masas populares<sup>15</sup>.

Esta visión del alcance socialmente limitado del ejercicio racional de las Luces nos sitúa en la perspectiva adecuada para interpretar, en tercer lugar, la última nota en la que Svarez concreta la noción de *Aufklärung*: la capacidad de tener un *juicio propio*, especialmente en asuntos prácticos. Contra quienes quieren seguir haciendo de Svarez un ilustrado a la manera kantiana y de su obra legisladora (el *Allgemeines Landrecht*) una figura precursora del Estado de derecho<sup>16</sup>, esta caracterización no contiene un programa de pensamiento *autónomo*, fundado, conforme al criticismo de Kant, en la idea moral de “dignidad humana”, sino más bien sólo el reconocimiento de la *habilidad* subjetiva para el uso teórico de la razón que resulta de la adquisición objetiva de conocimientos claros y correctos, tal como figura en Mendelssohn<sup>17</sup> y el núcleo principal de la Sociedad del Miércoles. No cabe duda de que en algunos textos de Svarez se encuentran apelaciones al “pensar por sí mismo” ligadas al concepto de Ilustración, pero ello no significa que tales alusiones terminológicas alberguen, más allá de su uso retórico, la certeza de que un pensamiento autónomo no es posible en rigor –como subrayara Kant– sin un

---

232; y J.C.W. Möhsen, “[Vorschlag zur Aufklärung von Landleuten]” (15.2.1786), *ibidem*, hoja 149. Cf. asimismo B. Nehren, “Selbstdenken und gesunde Vernunft...”, o.c., p. 92 ss.

15 Sobre este punto, al que volveremos después, véase M. Hernández Marcos, “‘Republicanismo literario’...”, o.c., pp. 157-162; también E. Hellmuth, “Aufklärung und Pressefreiheit...”, o.c., p. 322.

16 Así aún el libro de T. Karst, *Das Allgemeine Staatsrecht im Rahmen der Kronprinzenvorträge des Carl Gottlieb Svarez*, Hamburg, 2000, p. 101 ss., y p. 238 ss. (para el tema de la Ilustración como perfeccionamiento de capacidades intelectuales), basándose en una idea equivocada de la racionalidad en Svarez y del destino racional del hombre, que por su sentido “intelectualista” nada tiene que ver con la concepción «moral» de Kant al respecto.

17 Cf. M. Mendelssohn, “Ueber die Frage: Was heisst aufklären?”, o.c., p. 265-266. En este ensayo Mendelssohn distingue entre la dimensión “objetiva” de la Ilustración (“masa total de conocimientos racionales”) y la dimensión “subjetiva” de la misma (“habilidad para la reflexión racional”).

acto previo del *querer* humano, sin una decisión moral de servirse siempre de la propia razón como destino de libertad para todo hombre<sup>18</sup>. La formación racionalista, wolffiana, de Svarez en este punto actuaba de dique para cerrar el paso a una concepción de la Ilustración como asunto de la voluntad antes que del entendimiento. Pues para él pensar y juzgar “por sí mismo” parecen ser sólo cualificaciones de un pensamiento “claro y correcto” y, por tanto, actos intelectuales en los que se concreta la habilidad cognoscitiva de una mente iluminada por el saber racional. Que no subyace aquí ningún proyecto de emancipación y de autonomía moral del hombre, en el sentido liberal-moderno, lo prueba el hecho adicional de que Svarez en ningún caso contempla la posibilidad de que “pensar por sí mismo”, particularmente en asuntos prácticos, comporte un “actuar por sí mismo”, esto es, se traduzca en un orden sociopolítico de hombres *libres* individual y colectivamente, tanto a nivel privado como a nivel público. Ello equivaldría a convertir a todos los ciudadanos en partícipes de la soberanía, la cual –según Svarez– corresponde, sin embargo, *de iure* en la vida civil sólo al rey, único hombre sobre la tierra que puede atribuirse *siempre* un actuar por sí mismo adecuado a su propio pensar.

La visión de la Ilustración que comparte Svarez con la mayoría de sus interlocutores en la Sociedad del Miércoles, cuenta, en suma, a pesar de su orientación hacia temas político-prácticos, con algunos de los rasgos –y limitaciones– fundamentales de la mentalidad “racionalista”, de cuño wolffiano, en la que se había formado el jurista silesio. Así, según su concepto, como cultura del entendimiento y de la correspondiente habilidad de juicio y reflexión, la *Aufklärung* consiste, por un lado, en el despliegue y ejercicio del “espíritu racional” del ser humano<sup>19</sup>, y constituye, en este aspecto, el modo *específico* en el que se concreta la *perfectio* wolffiana dentro del ámbito de la racionalidad humana, a saber: es el camino de *perfección* intelectual del alma. Junto

---

18 Es sabido que en el seno de la Sociedad del Miércoles se conoció y discutió abiertamente el texto de Kant *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), si bien no se conserva, lamentablemente, documento alguno al respecto. Svarez, al parecer, era además un lector entusiasta de la filosofía kantiana (según testimonio Ch. Gossler, “Beiträge zur Lebensgeschichte des Geheimen-Ober-Justiz- und Tribunal-Rathes Carl Gottlieb Suarez”, *Juridische Miscellen*, 1.Heft, Berlin 1810, p. 87), pero muy bien pudo haberse familiarizado con la terminología ilustrada de Kant, sin alterar un ápice su propio concepto de Ilustración, como tampoco lo hizo en otros temas. Sobre la ausencia de una recepción filosófica de Kant por parte de Svarez v. G. Kleinheyer, o.c., pp. 154-155.

19 Cf. Svarez, *Vorträge*, p. 454.

a esta limitación “espiritual” o meramente cultural de su concepto, se halla, por otro lado, su alcance o circunscripción exclusivamente antropológica, delimitada por el *status* “*anima*”/”*corpus*” en el que Wolff y su escuela situaban ontológicamente al hombre “natural”<sup>20</sup> (“*status originarius*”), antes de cualesquiera acciones y relaciones sociales y políticas que pudieran determinar *en concreto* aquella condición psicofísica de la esencia humana *en general*, ampliándola y modificándola en su desarrollo fáctico.

De ambas características se desprende que la Ilustración no sólo se restringe a la formación y ejercicio de las facultades intelectuales que conforman esa dimensión psíquico-racional del hombre, sino que además a ella no le corresponde, en principio, otro espacio de realización en la vida civil que el de la esfera privada, apolítica de la *interioridad del espíritu* o de la conciencia, bien lejos del escenario público de la sociedad civil y el Estado, el cual, como *status civilis*, constituye ya una determinación práctica concreta y superior, más compleja, de aquella esencia humana, y, en cuanto tal, queda fuera de su órbita de aplicación<sup>21</sup>. El proceso del razonamiento ilustrado vale, por tanto, sólo para el *hombre*, para el perfeccionamiento teórico-cognoscitivo de su inteligencia, y en este aspecto Svarez lo reclama como un “derecho natural inalienable”; pero no vale para el *ciudadano* –y aún menos para el súbdito–, que forma parte de una determinada estructura histórica de sociedad y de dominio político, y ha de contribuir por ello a su mejora y fortalecimiento

---

20 La doctrina ontológica wolffiana de los *status personae* ofrece un horizonte teórico de iluminación en el tema de la Ilustración en Svarez, particularmente en relación con el problema de sus restricciones, que no puede esperarse de cualquier otra perspectiva interpretativa (acerca de la doctrina de los *status personae* en Wolff, v. D. Canale, o.c., pp. 40-68). No cabe duda de que aquella doctrina no aparece formulada como tal en Svarez y que, en cualquier caso, ha perdido el sentido ontológico que tenía en Wolff. También es cierto que la pluralidad de *status personae* ha sido reducida por el jurista prusiano básicamente a dos: el *status naturalis* y el *status civilis*. Pero lo relevante aquí es que Svarez sigue manteniendo al respecto dos convicciones fundamentales ligadas al planteamiento wolffiano: la idea de una estratificación sintético-acumulativa de la acción humana y la creencia en que el hombre real es el efecto de la diversidad de relaciones o funciones prácticas (sociales, jurídicas...) determinadas por aquella estratificación.

21 El carácter meramente espiritual-apolítico de la *Aufklärung* en Svarez y en buena parte de los miembros de la Sociedad del Miércoles no se debe tanto a su pertenencia a la burocracia del Estado absolutista (como sostiene E. Hellmuth, “*Aufklärung und Pressefreiheit*”, o.c., p. 342 ss.), cuanto más bien a la concepción estrictamente antropológica de la Ilustración como consecuencia residual del horizonte categorial wolffiano de los *status personae*.

mediante una praxis de obediencia al derecho positivo. Mas de ese estatus meramente antropológico y de aquella concepción estrictamente espiritual se sigue asimismo que la *Aufklärung* sólo puede llevarse a término *de facto* como un acontecimiento estrictamente *individual* en un doble sentido: como perfeccionamiento intelectual que se efectúa, se consume y finaliza en individuos, no en una colectividad como tal ni en una estructura institucional; y ello acaece además no como el cumplimiento de un derecho fundamental de *todo* individuo real, sino únicamente como el desarrollo de una *facultad jurídica* del *ser humano* –esto es lo que significa “derecho natural inalienable”– que, ante ciertas contingencias histórico-existenciales, se considera realizada con sólo verificarse en *algunos* individuos. Esta es, por otra parte, la base doctrinal de la ya mencionada concepción aristocrático-elitista de la Ilustración prototípica de la Sociedad del Miércoles.

Hay, por último, dos supuestos culturales básicos en el trasfondo de esta idea de la Ilustración que es preciso mencionar para estar en condiciones de comprender bien su sentido y utilidad, especialmente como “Ilustración ajena” o del pueblo. Uno de ellos es el supuesto, igualmente antropológico, del *primado del entendimiento sobre la voluntad*, según el cual el hombre siempre *quiere* o debe querer lo que su inteligencia le ofrece como correcto y “bueno”<sup>22</sup>. El *intelectualismo práctico* que esta convicción lleva consigo, se traduce en la creencia, ciertamente ingenua, en que el saber racional y el conocimiento verdadero contribuyen de por sí a la virtud y a la dicha, e incluso constituyen –así en Svarez– su condición más irrenunciable: son no sólo el medio de satisfacer el impulso natural a la felicidad, sino también su forma

---

22 La concepción racionalista de la “libertad de la voluntad” en Svarez es palmaria; se trata simplemente de la capacidad del hombre de “determinarse en sus acciones según motivos racionales, de desear lo que el entendimiento ha conocido como bueno, y de despreciar lo que éste rechaza como malo y nocivo” (Svarez, *Vorträge*, p. 454). Este planteamiento se solapa y complementa, sin embargo, con la doctrina empirista del predominio *habitual*, fáctico, de las pasiones sobre la razón humana, que Svarez atribuye, siguiendo a Thomasius, a la limitación de nuestro entendimiento por la sensibilidad debido a la unión del “espíritu con el cuerpo” (Ibídem, p. 459; cf. p. 6). Ambas concepciones difícilmente compatibles logran en Svarez ser articuladas gracias a la distinción entre el *ideal* y la *realidad* (cf. p. 459), entre la imagen normativa de la felicidad humana y la “imagen triste del estado de naturaleza”, en el que es imposible ser feliz, según nos enseñan las diversas “tradiciones de la historia” (Ibídem, p. 460-461). La importancia de esta visión antropológica para la concreción última del significado y de los límites de aplicación de la *Aufklärung* así como de su uso legitimador será puesta de manifiesto en el apartado siguiente.



de realización prioritaria y específica en el hombre, la de la felicidad *moral*<sup>23</sup>. Desde esta antropología intelectualista, arraigada en la cultura prusiana del wolffismo, se comprende que para Svarez el sentido último de la *Aufklärung* resida en que el hombre llegue a *pensar* de manera clara y correcta, para que pueda *querer* y, por ende, *actuar* de modo igualmente racional y correcto, es decir, virtuoso, de cara a la consecución de su felicidad propiamente moral. Desde esta perspectiva se entiende asimismo la utilidad y el interés del jurista prusiano por ilustrar al pueblo en los conceptos claros y correctos sobre la vida civil y el nuevo orden legislativo que aspiraba a introducir la reforma global de la justicia.

El otro supuesto es de carácter histórico-sociológico y viene determinado por la estructura dualista que adquiere la vida social en la mayor parte de Europa tras la Paz de Westfalia de 1648, y que Svarez asume como marco indiscutible de su idea de la Ilustración: la separación radical entre la esfera privada de la *conciencia*, reservada al individuo como “hombre”, y la esfera pública de la *acción* social, sujeta a la legislación coactiva del soberano absoluto. El jurista prusiano fijaba precisamente este dualismo al comien-

---

23 Svarez cifra la felicidad ciertamente en el desarrollo de la doble dimensión, anímico-corporal, del hombre (cf. *Vorträge*, p. 3, 454-455), pero concede al perfeccionamiento de la dimensión espiritual, esto es, a la “felicidad moral” la primacía, por cuanto vislumbra en ella el cumplimiento del destino específicamente *humano*, a saber, el de la racionalidad. De ahí que considere el derecho a perfeccionar la facultad de pensar aún más irrenunciable que el de perfeccionar las restantes facultades y fuerzas, pues “un hombre sin razón [*unvernünftig*] disfrutando de los demás bienes puede ser feliz acaso como animal, pero es imposible que lo sea como hombre” (Ibíd., p. 585; cf. p. 218). En este mismo sentido, aunque tímidamente, se pronuncia G. Kleinheyer, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preussischen Kronprinzen (1791-92)*, Bonn: Bouvier 1959, p. 29. Acerca de la distinción entre felicidad “física” y “moral”, v. *Vorträge*, p. 460. Por su parte, T. Karst, o.c., 101 y ss., 238-239 asocia erróneamente este destino eudemonista ligado al ejercicio de la razón con la idea kantiana de la “dignidad humana”, pasando por alto que en Svarez, por su formación wolffiana, se trata de fundar la praxis en la racionalidad del conocer en vez de hacerlo *antes* y sobre todo en la racionalidad del querer puro y su ley moral, que es la fuente de toda dignidad.

En cuanto a la conexión necesaria entre Ilustración del entendimiento y felicidad moral del hombre en la Sociedad del Miércoles, puede verse la posición similar de algunos miembros como Mendelssohn, Spalding, Nicolai, Dohm, Klein..., en L. Keller, o.c., p. 77, 80 ss. Cf. E.F. Klein, *Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung*, Berlin/Stettin 1790 [reimpr. en Kronberg/Ts. 1977], p. 20.



zo de su citada conferencia ante la Sociedad del Miércoles del 1 de abril de 1789 para descartar rotundamente que el posible influjo de la legislación en la Ilustración consistiera en la imposición de las ideas y creencias correctas sobre las cosas por medio de leyes positivas. Muy al contrario, esa posible relación tenía que concebirse de manera que se salvaguardase aquella estructura dualista de la existencia humana, sobre la cual se alzaba la posibilidad de conjugar el despliegue autónomo de la razón ilustrada, sin injerencias externas, con el ejercicio absoluto del poder monárquico en la vida civil. No en balde, en sus conferencias al príncipe heredero de la corona, Svarez apelaba a esta doctrina de las dos esferas radicales de la existencia al hacer suyas las célebres palabras de Federico II: “räsonniert, so viel ihr wollt, und worüber ihr wollt; aber gehorcht!”, para diferenciar entre el soberano, que reconoce la libertad de pensar, y el déspota, que la prohíbe<sup>24</sup>. Ilustración y absolutismo monárquico coexisten e incluso se complementan bien gracias a este reparto de esferas de la vida humana, por el que el razonamiento libre se recluye en el recinto interior del individuo como procedimiento de formación espiritual, para dejar expedito el espacio externo y común de la praxis social a la legislación y el dominio de la voluntad absoluta del monarca. Pues este dogma de la soberanía absoluta del rey en el Estado, junto con aquella configuración dualista de la existencia social (conciencia privada / acción pública), por más que ambos sean producto histórico del mundo moderno –o quizás precisamente por ello–, no están expuestos, en Svarez, al proceso crítico del razonamiento libre, sino que forman parte, por el contrario, de los conceptos “claros” y “correctos” sobre la vida civil que cualquier librepensador del Estado prusiano debe asumir con todas sus consecuencias. Pero este es ya el tema de nuestro siguiente apartado.

## 2.2. *La limitada luz de la monarquía prusiana: ley y conciencia de legalidad civil*

En su acepción estricta, la Ilustración –como se acaba de mostrar– consiste, para la Sociedad del Miércoles, en la adquisición de conocimientos claros y correctos sobre asuntos “patrióticos”, de interés para el hombre y el ciudadano del Estado, en la obtención, por tanto, de una visión adecuada, “verdadera” sobre la vida civil. Y tal verdad política, a los ojos de ese grupo de burócratas ilustrados fieles al rey Federico II, no podía ser otra que la formada por el

---

24 Cf. Svarez, *Vorträge*, p. 587.

dogma de la soberanía absoluta del monarca<sup>25</sup> y la doctrina de la sujeción de las acciones humanas en el Estado a la regulación coactiva de la ley positiva, conforme a la convicción moderna de que la manifestación “prioritaria y más importante” de la soberanía es el “derecho de *legislación*”<sup>26</sup>, y la ley sancio-

25 La “soberanía” es –según Svarez– el conjunto de las “fuerzas” y “derechos de la sociedad civil” reunidos en el gobernante [*Regent*], soberano [*Souverän*] o jefe supremo [*Oberhaupt*] de la misma gracias al acto de transferencia de aquéllos que tiene lugar en el pacto de sometimiento, al que el jurista prusiano llama “contrato civil” (*Vorträge*, p. 229, 608-609; cf. 463). No hay, pues, soberanía antes del pacto de sometimiento por el que se transforma la “sociedad civil” en “Estado” gracias a la constitución de un poder superior [*Obergewalt*] (cf. *ibidem*, p. 141), que Svarez tiende a identificar con el *Regent* o gobernante, si bien teóricamente reconoce, al explicar las diversas formas de gobierno, la posibilidad de que los diversos derechos del poder soberano puedan haberse transferido a más de una persona (p. 469). En cualquier caso, el pacto de sometimiento incluye la decisión sobre la forma de gobierno (cf. al respecto G. Kleinheyer, o.c., p. 35-36), de tal suerte que, en la forma de la “monarquía ilimitada”, el Estado y el gobernante se identifican en la persona única del rey (cf. Kleinheyer, o.c., 57-58). Tanto el Estado como particularmente su forma monárquica son concebidos por Svarez, pues, de acuerdo con la doctrina de la soberanía absoluta, que incluye el principio *potestas legibus soluta*, como lo prueba no sólo el hecho palmario del “caso excepcional” o “derecho de necesidad” política (cf. *Vorträge*, p. 256), sino sobre todo la situación normal de legalidad, a la que el monarca soberano no está sujeto en sus acciones, ya que nadie puede controlarlo ni restringirlo en el uso de sus derechos (p. 229, 609), y tampoco las llamadas “restricciones internas” y “externas” de su poder legislativo menoscaban jurídicamente su capacidad de decisión última (p. 609, 232). No obstante, hay en Svarez, junto a esta concepción absoluta de la soberanía, otra visión normativa de la misma, también derivada de la teoría del contrato civil y, en particular, de la doctrina de la “voluntad general”, que no concierne tanto a la definición del poder soberano como tal sino al *ejercicio* del mismo (sobre este doble concepto de “soberano” en conexión con la teoría del “doble contrato civil” v. M. Hernández Marcos, “Absolutismo ilustrado”. El problema de la legitimación contractual de la soberanía en la Prusia federiciana”, *Res Publica* 23 (2010), pp. 9-16). La tesis de Kleinheyer (cf. o.c., 58-59) acerca de una noción de “soberanía restringida” en Svarez se basa, entre otras cosas, en una falta de distinción entre esos dos niveles.

26 *Vorträge*, p. 610; cf. p. 230. Svarez concibe el derecho de legislación en un sentido tan amplio que “abarca todos los restantes derechos de majestad, ya que cualquier precepto general del señor territorial [*Landesherrn*] por el que deban guiarse y determinarse las acciones de los súbditos, es una ley” (*ibidem*). El tratamiento de este derecho de soberanía en el marco tradicional de la teoría de los derechos de majestad y de la unidad indivisible del poder y del ejercicio del gobierno, y no en el horizonte moderno de la división de poderes, explica esa amplitud y el solapamiento entre los diversos *iura maiestatis*. Sobre este punto v. G. Kleinheyer, o.c., pp. 62-64. Sobre soberanía y legislación, especialmente en el *ALR*, véase más abajo, cap. 4.

nada por la voluntad del soberano<sup>27</sup> constituye la única fuente de derechos y deberes en la vida civil<sup>28</sup>.

Ahora bien, el alcance coactivo de la ley se restringe exclusivamente a las acciones de quienes han de obedecerla, a los actos de todos los ciudadanos en calidad de meros *súbditos* políticos y, por tanto, su ámbito de regulación no alcanza al *ius publicum*, a la estructura constitucional del soberano como tal, sino sólo al *ius privatum*, el único *ius positivum* posible en este marco teórico del absolutismo monárquico<sup>29</sup>. De aquí se sigue que el concepto ge-

---

27 Cf. *Vorträge*, p. 604, 230, 580. Svarez maneja un concepto amplio y ambiguo de ley, la cual es para él siempre ley positiva. Por un lado, en conexión con la teoría de los *iura maiestatis* del señor territorial, es ley *en general* cualquier “*precepto general* del poder superior en el Estado, según el cual deban orientar sus acciones los súbditos del mismo” (ibídem, 13; cf. 230, 604, 610). En este sentido Svarez tiende a vincular las leyes con la protección de los *iura quaesita* y a caracterizarlas incluso como determinaciones, notas o “signos” universales y fijos de la propiedad y de los derechos de cada uno (cf. ibídem, p. 581, 66, 216, 465-466). Mas, por otro lado, en clara recepción de la teoría rousseauiana del contrato social, la ley es caracterizada como “expresión de la *voluntad general*” (ibídem, p. 9; cf. 18, 467) y, por ende, como una norma que asegura contra la arbitrariedad (p. 306). Desde esta perspectiva cabría hablar también de leyes políticas o leyes fundamentales [*Grundgesetze*], como las que regulan la forma de gobierno (cf. ibídem, p. 469), para las cuales el jurista prusiano sólo contempla y ofrece un tratamiento teórico, pero en modo alguno una solución práctica equiparable a una Carta Constitucional. Acerca del concepto de ley en Svarez v. G. Kleinheyer, o.c. p. 63.

28 “En la sociedad civil” –escribe Svarez– “ya no se trata de qué facultades y obligaciones tienen lugar según el Derecho Natural, sino de qué determinan las leyes del Estado acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos” (*Vorträge*, p. 216; cf. 582, 580). La ley positiva, en cuanto “voluntad expresamente declarada del legislador” (p. 608), fija esos derechos y deberes introduciendo posibles “cambios” o modificaciones en relación con los derechos y deberes “naturales” (cf. ibídem, 216, 581). Sobre el positivismo jurídico de Svarez v. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 140.

29 El *ius publicum* [*Staatsrecht*], que describe el modo de constituirse el soberano como sujeto político y sus atribuciones, y fija de este modo la condición de posibilidad real de cualquier ordenamiento jurídico positivo, no es *per definitionem* legislable. El único ámbito jurídico positivable –tal como se desprende del concepto mismo de ley– es, pues, el *ius privatum* [*Privatrecht*], el cual, en cuanto puesto por la voluntad soberana, es calificado por Svarez como “derecho civil positivo” [das positive bürgerliche Recht]. Éste incluye no sólo las relaciones jurídicoprivadas de los ciudadanos entre sí (legislación civil en sentido estricto) sino también las relaciones jurídicas de éstos, como súbditos, con los fines y necesidades del Estado (“legislación penal”, “legislación tributaria”, “legislación policial”) (cf. *Vorträge*, p. 215, 230-231, 580, 603, 610). Sobre este punto v. D. Canale, o.c.,

nuino y correcto del pensar ilustrado en materia política viene a ser, para Svarez, no tanto la idea de un “Estado *legal*” en sentido estricto, cuanto más bien la convicción acerca de la *legalidad* en la *sociedad civil*<sup>30</sup>. Pero como semejante configuración legal de la praxis y de los derechos de todos los ciudadanos equivalía, desde el punto de vista político, a sustituir *de facto*, mediante el acto mismo de legislar, el viejo Estado estamental de Prusia por una Monarquía absoluta, que eliminaba así las antiguas atribuciones políticas de los estamentos feudales y transformaba sus privilegios jurídicos en simples diferencias civiles dentro de la sociedad, sancionadas ahora legalmente por la voluntad unitaria del soberano; Svarez podía decir que en un Estado carente de “constitución [*Grundverfassung*]” expresa el futuro código de “legislación general” debía “ocupar su lugar en cierto modo”<sup>31</sup>. Esta función operativa de *fundación constitucional* indirecta del Estado monárquico como fuente única de legalidad y derechos en la vida social que acabaría desempeñando el

---

p. 151-152; y D. Canale, “Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell’ *Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII, 4.1 (giugno 1998), p. 193-194, 198.

30 En este sentido debe ser revisada la tesis habitual, según la cual tanto Svarez como el *ALR* elaborado por él trataron de convertir a Prusia-Brandemburgo ciertamente no en un Estado constitucional en sentido estricto, pero sí en un “Estado legal”. Cf. al respecto de manera representativa G. Birtsch, “Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794”, en: K. Kluxen/W.J. Mommsen (Hrsg.), *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung*, München/Wien 1968, p. 114; y “Carl Gottlieb Svarez. Mitbegründer des preussischen Gesetzestaates”, en: P. Alter/W.J. Mommsen/T. Nipperdey (Hrsg.), *Geschichte und politisches Handeln. Studien zur europäischen Denker der Neuzeit. Theodor Schieder zum Gedächtnis*, Stuttgart 1985, p. 93; P. Krause, “Carl Gottlieb Svarez (1746-1798). Bürgerliche Staatsbedienung im aufgeklärten Absolutismus”, *Die Verwaltung* 19 (1986), p. 277 ss.; y D. Willoweit, “War das Königreich Preussen ein Rechtsstaat?”, en: D. Schwab/D. Giesen/J.Listl/H.-W. Strätz (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Berlin 1989, esp. p. 454 ss. Las posiciones de Birtsch y de Willoweit parecen admitir este sentido matizado de la idea de un Estado legal.

31 C.G. Svarez, “Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung” (1789), en: *Vorträge*, p. 635 [Véase nuestro Apéndice de textos]. Acerca de esta visión del *Allgemeines Landrecht* prusiano como “código constitucional” indirecto de la Monarquía absoluta en Prusia v. D. Canale, “The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe”, en: D. Canale / P. Grossi / H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht / Heidelberg / London / New York: Springer, 2009, p. 169 ss; y *La costituzione delle differenze* (2000), o.c., p. 117-16, 216-223.

*Allgemeines Landrecht*, no pasó inadvertida –como se señaló más arriba– a los estamentos prusianos, y fue, sin duda, el motivo de su oposición radical a todo el proceso codificador desde su inicio.

En el fondo, esa resistencia estamental acreditaba la filiación ilustrada de la empresa legislativa y de la reforma de la justicia en su conjunto, a la vez que ponía de manifiesto la dificultad de su éxito, a saber, que la consecución del objetivo práctico de constituir la sociedad prusiana como un orden legal del soberano requería un esfuerzo previo o al menos simultáneo de formación ideológica con el fin de generar en los ciudadanos –y también en el monarca mismo– una *conciencia de legalidad civil* que les impulsara a aceptar las leyes y a actuar conforme a ellas, y de contribuir de este modo a la legitimación plena de la monarquía absoluta. Pero la viabilidad de este trabajo ideológico y la expectativa de su fortuna práctica debían contar de antemano con algún tipo de explicación y justificación convincentes dentro del propio marco teórico de Svarez y sus colegas en la Sociedad del Miércoles. En concreto, tenían que quedar despejadas las siguientes cuestiones: ¿cómo es posible para el pensador ilustrado generar una conciencia pública (en el rey y en el pueblo) de legalidad a partir de su sola conciencia privada, de su certeza interna de que el imperio de la ley es la visión correcta y clara de la vida civil? Y en el caso de que así fuera, ¿qué garantías hay de que semejante conciencia pública de la ley como única norma jurídica de la sociedad se traduzca realmente en una praxis colectiva de normalidad legal? Esta segunda pregunta tiene –como sabemos– una respuesta inequívoca en el intelectualismo práctico del ilustrado Svarez: la luz irresistible del pensamiento claro y correcto sobre la esencia “legal” de la sociedad civil prusiana desencadena necesariamente en todos los iluminados por ella (tanto en el monarca como en sus súbditos) una acción igualmente clara y correcta, una conducta correspondiente de legalidad. La primera cuestión, sin embargo, se topa con el problema de la relación entre Ilustración y legislación en el marco de la teoría dualista de la existencia social que –como vimos antes– Svarez considera indiscutible. Hay por ello que detenerse un momento en este punto indispensable para poder hacerse una idea cabal del modo en que el orden legal que pretende instaurar la reforma legislativa de la justicia en Prusia, se entiende como expresión jurídico-práctica de la razón ilustrada.

a) “*Ilustración ajena*” de lo político

En principio, el problema de cómo convertir en conciencia pública la conciencia propia de legalidad que tiene el ilustrado, no es más que el problema de una *Ilustración ajena* o de los otros, que la Sociedad del Miércoles se planteó en su seno. Sin duda, el presupuesto antropológico que abre esa posibilidad, y con ella habilita también el tránsito de la *Aufklärung* hacia el ámbito exterior de la acción colectiva, monopolizado por la ley, es su inevitable condicionamiento social por el *medio comunicativo* en el que tiene que desarrollarse el razonamiento libre. Pues aunque el perfeccionamiento espiritual del hombre que busca la Ilustración sea, para Svarez, un destino de cumplimiento individual en la interioridad de la conciencia, sólo puede y debe llevarse a cabo, sin embargo, mediante el trato social con otros<sup>32</sup>, y, en última instancia, tiene lugar de hecho únicamente allí donde ya están garantizadas la vida y la seguridad propia, o sea, en el marco de la sociedad civil<sup>33</sup>. La (auto)ilustración individual del espíritu requiere, pues, un proceso de comunicación racional y de intercambio de ideas y opiniones que debe producirse en condiciones de absoluta igualdad y libertad de pensar, y, en este aspecto, es siempre en cierto modo “hetero-ilustración”, formación intelectual propia por asimilación reflexiva de la información y pensamiento ajenos.

El problema de la “Ilustración ajena” no puede resolverse, sin embargo, con esa sola apelación al medio social de la comunicación de ideas, por más que tenga que llevarse a cabo en ese espacio mediático, ya que su peculiaridad distintiva reside en que, según su concepto, este tipo de Ilustración se plantea de por sí no como un proceso comunicativo de reciprocidad entre iguales a la búsqueda común de la verdad, sino como la vía de transmisión de una verdad ya encontrada, de la que el pensador ilustrado, en posesión de ella, quiere hacer partícipe a quien no la posee. “Ilustración ajena” es, por tanto, *adoctrina-*

---

32 Cf. *Vorträge*, p. 455. Svarez introduce a este respecto, como una dimensión de la naturaleza humana, el *impulso de sociabilidad*, del cual deriva luego el derecho natural a la *comunicación* de las ideas (cf. *Ibidem*, p. 43, p. 492). G. Kleinheyser, o.c., p. 31 ha subrayado el papel secundario del mismo para el Derecho político de Svarez y, en particular, para su doctrina de la fundación del Estado, y lo ha puesto en relación sobre todo con el “impulso a la comunicación”, sin alcanzar a ver en este sentido su relevancia para el mundo de la cultura y de la Ilustración, por más que –contra lo que Kleinheyser sostiene– no quepa hablar aquí de un “derecho fundamental de expresión libre de las opiniones” (cf. *ibidem*, p. 132).

33 Cf. *Vorträge*, p. 460.

*miento*, donación cognoscitiva de la visión correcta y verdadera de las cosas a los que no la conocen, al menos con la suficiente claridad. Y cuando ese conocimiento verdadero se refiere, por otra parte, al ámbito político, caracterizado por la relación de mando y obediencia resultante del compromiso contractual de fundación y sometimiento al soberano, su transmisión doctrinal debe procurar la satisfacción de ese interés práctico que constituye su contenido de verdad “ilustrada” sobre la vida civil. Por ello hay que diferenciar la forma y el alcance del adoctrinamiento en función de si, como consecuencia normativa del contrato social, el destinatario es el que ha de mandar y gobernar (príncipe) o el que simplemente ha de obedecer (el pueblo).

Así, en nombre del interés práctico del Estado monárquico, *la Ilustración del príncipe* ha de consistir en darle a conocer sin restricciones, mediante enseñanza directa o por asesoramiento intelectual, las doctrinas correctas sobre la sociedad civil y el dominio político, que deben conducirle a una acción de gobierno igualmente buena y correcta. Por eso cuando Svarez asumió en 1791 la tarea de preceptor del entonces heredero de la corona –el futuro rey Federico Guillermo III– y con este fin impartió ante él las célebres conferencias, lo hizo con la expectativa de proporcionarle esa visión clara sobre la índole del Estado prusiano y de los derechos y deberes de sus súbditos que permitiera llevarle a gobernar no según sus pasiones y caprichos sino de manera ilustrada, es decir, a legislar para el pueblo –o respetar la legislación vigente– en consonancia con aquella idea correcta de la vida civil de Prusia y de su función como gobernante en ella. En cambio, como aquel mismo interés práctico rubricado en el pacto civil de sometimiento exige de los ciudadanos, en una monarquía absoluta, únicamente la obediencia a las leyes del soberano, *la Ilustración del pueblo* ha de buscar aquí, mediante el adoctrinamiento en los conceptos claros y correctos sobre el orden político vigente, tan sólo el convencimiento de los súbditos acerca de la bondad del Estado y de la conveniencia de su legislación para lograr de ellos una praxis de “*obediencia voluntaria y complaciente*”<sup>34</sup>, en vez de la oscura sumisión de la fuerza. La luz de

---

34 *Vorträge*, p. 503; cf. p. 494. El fin político de la obediencia, junto con las limitaciones intelectuales del pueblo en función del estatus social y de su formación cultural, marcan en Svarez –y en el grupo de la Sociedad del Miércoles– los límites en el *contenido* y la *extensión* de la Ilustración popular: sólo cabe la enseñanza de las “verdades” de la razón jurídico-política del *Estado prusiano* (no otras teorías políticas y morales que puedan incitar a la desobediencia), y esa verdad ilustrada ha de enseñarse únicamente al público lector (el “pueblo” en sentido estricto), no a la “plebe” inculta (u “hombre vulgar”), la cual por su dedicación estamental a trabajos corporales, su limitado entendimiento y sus des-



la razón jurídico-política reclama, pues, que el arbitrio individual se someta conscientemente a lo que exige la “voluntad civil” del Estado absolutista en cada caso: un gobierno *legal* (“ilustrado”) del monarca y un pueblo *obediente* por convicción propia<sup>35</sup>. Es claro, en este aspecto, que la *Aufklärung* cumple –o ha de cumplir–, para Svarez, la función de legitimación de la monarquía absoluta, ya que su propósito último es inculcar, tanto en el príncipe como en los ciudadanos, la creencia en la legalidad de la vida civil como razón última de la existencia y perduración de dicha forma de Estado.

Esta función legitimadora sale a relucir especialmente en el tratamiento que Svarez hace de la esfera mediática de la *publicidad* (*Öffentlichkeit*), una estructura social emergente en el último tercio del siglo XVIII, que venía a cuestionar el modelo dualista de la separación radical entre “conciencia” privada y “acción pública”, al presentarse precisamente como un espacio de convergencia y versatilidad entre ambas esferas y, por tanto, como un escenario de mediación posible entre Ilustración y absolutismo monárquico en el que podía desplegarse la “Ilustración ajena” en temas políticos, particularmente en la forma de “Ilustración del pueblo”. Svarez, quien, de acuerdo con su marco teórico dualista, interpreta, en principio, esta nueva plataforma social de comunicación y expresión de la ideas como una mera *ampliación externa* de la conciencia inherente al proceso de formación espiritual –apolítico– del libre pensar ilustrado<sup>36</sup>, no deja de advertir, sin embargo, su dimensión

---

controladas pasiones, necesita ser “civilizada” antes que ilustrada, y por ello hay que mantenerla en aquellos “prejuicios morales” que garantizan al menos su obediencia (cf. Svarez, “Votum” (23.12.1783), en: L. Keller, o.c., p. 79; [E.F.Klein], *Freyheit und Eigenthum...*, p. 12, 18). Sobre la defensa del “prejuicio útil” por razones morales y políticas en la Sociedad del Miércoles v. E. Hellmuth, “Aufklärung und Pressefreiheit...”, o.c., p. 319 ss.

35 Sobre este doble fin práctico de la Ilustración política v. *Vorträge*, p. 65-66.

36 La libertad de prensa es, en este sentido, condición necesaria de la libertad de pensar y, por tanto, cualquier restricción de aquella –afirma Svarez ante la Sociedad del Miércoles en su ponencia “Vorschläge zu Censur-Gesetze” (5.5.1784), *Moehsen Borussica*, fol. 443, hoja 274 vuelta– “es también una restricción de la Ilustración”, en concreto, de la libertad de comunicar los pensamientos (cf. *Vorträge*, p. 43, 492). Esta doctrina de la inseparabilidad entre razonamiento libre y expresión pública sin restricciones era tan común en la época que los términos correspondientes se usaban como equivalentes (cf. al respecto F. Schneider, “Presse, Pressefreiheit, Zensur”, en: O. Brunner/W.Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart 1997, 3.Band, p. 914). Y sobre la orientación exclusivamente “apolítico-espiritual” del razonamiento público libre en la Sociedad del Miércoles y, en general, en Prusia v. E. Hellmuth, “Aufklärung und Pressefreiheit...”, o.c., pp. 337-340; y “Zur Diskussion um Presse- und Meinungsfreiheit



pública como ámbito de una posible e incluso inevitable *politización de la Aufklärung*. Pues la circulación de ideas y opiniones en el medio comunicativo de la red publicística, aparte de favorecer la perfección de las facultades intelectuales y el avance del conocimiento en general, puede alcanzar también a “objetos que tienen relación inmediata con la *vida civil*, con su diversidad de circunstancias y deberes, de tal manera que si aquellas ideas son incorrectas o moralmente perversas, su difusión puede resultar, sin duda, muy nociva para la *seguridad y el orden públicos*”<sup>37</sup>. Mas por la misma razón la infraestructura mediática de la publicidad podía tornarse beneficiosa para el orden y estabilidad del régimen político si se hacían circular entre el público lector los “conceptos claros y correctos” sobre la vida civil, que inculcasen en los súbditos la “convicción interna de la bondad de la constitución estatal” y los dispusieran de este modo a prestar una obediencia voluntaria y racional.

Svarez comprendía, por tanto, que la Ilustración, cuando se refería a temas prácticos, podía adquirir relevancia política gracias a la estructura emergente de la publicidad, ya que en ese caso el proceso de perfeccionamiento espiritual del *hombre* afectaba al mismo tiempo al proceso de formación del *ciudadano*, de manera que convenía entonces hacer de la opinión pública un uso igualmente *político* mediante el cual la *Aufklärung* se implicase en el bien común del Estado prusiano del modo más favorable a la monarquía absoluta: rubricando su legitimidad ante el pueblo. Para ello había que reconducir el espacio de la publicidad en una doble dirección: bien orientarlo a evitar la deslegitimación del gobierno y del orden civil establecido controlando la expresión pública de las ideas morales y jurídico-políticas mediante la institución estatal de la *censura*<sup>38</sup>, bien a favorecer ideológicamente la legitimación del régimen político constituido difundiendo nociones claras y correctas acerca del mismo y de sus fundamentos racionales. En esto último consistía propiamente la *Ilustración del pueblo*, según Svarez.

---

in England, Frankreich und Preusen im Zeitalter der Französischen Revolution”, en: G. Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen, 1981, pp. 216-217.

37 *Vorträge*, p. 491. [Las cursivas del texto de Svarez son mías]

38 Sobre la defensa por parte de Svarez de una censura moderada y suave, regulada por ley en función de razones exclusivamente políticas, v. *Vorträge*, p. 43-45 y 491 ss., así como su ponencia “Vorschläge zu Censur-Gesetze” (5.5.1784), *Moehsen Borussica* fol. 443, hojas 272-277.

b) *La doble luz de la ley en la jurisprudencia: investigación judicial sí, mas no interpretación*

Como acaba de mostrarse, la tarea de legitimar la monarquía absoluta del Estado prusiano equivalía a concienciar, tanto al monarca como al pueblo, de la legalidad de la sociedad civil para lograr la praxis “ilustrada”, correcta que a cada uno constitucionalmente le correspondía: gobernar mediante *leyes* (el soberano) y acatarlas por convicción *racional* (los súbditos). La Ilustración en asuntos políticos, para poder realizarse efectivamente como un orden social de normalidad legal, requería así un doble trabajo teórico y práctico: una legislación jurídico-positiva de toda la vida civil por parte del soberano y un proceso ideológico paralelo de concienciación clara y convincente de los ciudadanos en la bondad y utilidad de semejante regulación legislativa. En vista de ello Svarez se esforzó no sólo por facilitar, con su meticulosa labor de jurista, la elaboración del nuevo código civil y procesal, sino también por justificar, como ilustrado, tanto ante el príncipe heredero como sobre todo ante el público, mediante escritos de divulgación (libros y artículos de prensa), la conveniencia y necesidad de las nuevas leyes como un ejercicio consumado de la *Aufklärung* en materia jurídico-política. La Ilustración del pueblo, como tarea de introducir en la opinión pública la creencia en la legalidad de la vida civil, pasaba a este respecto por convencer de que sólo la ley positiva da a conocer al súbdito con certeza sus derechos y le asegura la protección de ellos frente a la arbitrariedad de los jueces y abogados y hasta del monarca mismo (“Justicia de gabinete”).

Pues para que el ciudadano pudiera llegar, en efecto, a ser consciente de que los asuntos cotidianos de la vida civil se ajustan a un orden legal, era preciso que tuviese ante todo noticia exacta de la existencia de leyes que los regulan, y que además esa regulación se tradujera en la aplicación de criterios uniformes y generales que permitiesen discernir y fijar con certeza los derechos, particularmente en casos de conflicto, y posibilitasen a su vez la calculabilidad de las acciones. De ahí que Svarez defendiera, por un lado, la codificación del *ius privatum* como la única forma de lograr que los ciudadanos tuvieran un *conocimiento* cierto de sus derechos y obligaciones y pudiesen de esta manera actuar legalmente<sup>39</sup>. En consonancia con este argumento neta-

---

39 Cf. C.G. Svarez, “Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?” (1788), en: *Vorträge*, p. 628 [Véase nuestro Apéndice de textos, donde se halla traducido]; *Briefwechsel über die gegenwärtige Justiz-Reform...*, 3. Heft, Berlin 1784, p. 116; y *Unterricht für das Volk über die Gesetze* (1793), Frankfurt/Main 1949, pp. 5-6.

mente ilustrado abogó por la *claridad*, la *brevedad* y la *comprensibilidad* en la redacción de las leyes, a fin de que estuvieran al alcance del entendimiento común del pueblo lector<sup>40</sup>. De ahí también que, por otro lado, insistiera en que sólo la positivación legal garantiza la libertad de los ciudadanos y dota de *seguridad* a sus derechos –fin principal del Estado–, no sólo porque los fija mediante signos inequívocos y universalmente reconocibles, sino sobre todo porque de este modo quedan protegidos especialmente frente a la arbitrariedad interpretativa de los magistrados<sup>41</sup>, a la que los ilustrados, escudándose aquí en Montesquieu, calificaron como “despotismo de los tribunales” por el desamparo jurídico que suponía para los ciudadanos. Mas para eludir este peligro y salvaguardar la seguridad jurídica de los súbditos había que exigir *precisión* técnica en la formulación de las normas y *compleción* en la materia normada, a fin de regular todos los casos imaginables en la realidad, lo cual obligaba a elaborar un código prolijo y demasiado extenso como para ser conocido y observado por el público al que iba a destinarse. En su empeño por atender a sendas demandas, de por sí incompatibles, Svarez optará por una solución dualista: la confección de un código *normativo* prolijo y técnico para el uso científico de jueces y juristas, y paralelamente la difusión de un *Volkskodex informativo* sobre los principios generales, los conceptos básicos y los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, con el que esperaba inculcar ideológicamente al pueblo cultivado la correspondiente conciencia de legalidad<sup>42</sup>.

40 Cf. *Vorträge*, p. 16, 216, 228, 602; “Inwiefern...?” (1788), *ibídem*, pp. 627-628; y “Vorerinnerung” del *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, 1. Theil, Berlin/Leipzig 1784, pp. 8-9. La exigencia de claridad y comprensibilidad, así como la de precisión y compleción de las leyes forman parte de las llamadas “restricciones internas” del poder legislativo, como bien ha subrayado G. Kleinheyer, o.c., pp. 70-71.

41 Sobre la protección y seguridad de los derechos privados mediante leyes como fin del Estado v. *Vorträge*, p. 7, 65-66, 464-466, 306, así como la pponencia “Über den Zweck des Staats” (1791), *ibídem*, pp. 640-641 [Véase nuestro Apéndice de textos, donde se halla traducida]. Sobre la legislación como baluarte jurídico de los ciudadanos contra la interpretación de jueces y juristas v. *Briefwechsel*, 3. Heft, pp. 23, 28, 114, 115-116; “Inwiefern...?”, en: *Vorträge*, p. 628; y cartas de von Carmer a von Danckelmann del 8 de noviembre y del 29 de diciembre de 1793, en: H. Thieme, “Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II”, *ZRG (GA)*, 5 (1937), pp. 760-761 y 766; pero también frente al arbitrio del soberano (cf. *Vorträge*, p. 10, 236 ss., 468, 484-485). Sobre la ley como protección de la libertad civil de los ciudadanos frente a los jueces, véase más abajo, cap. 4.

42 Para el problema del doble *Kodex* véase nuestro capítulo 5.1.

La legislación positiva se presentaba, en suma, como la única vía de ordenación jurídica de la vida pública de acuerdo con conceptos ilustrados, mas por ello mismo su propia existencia y aplicación constituían a su vez de por sí, con independencia del trabajo teórico paralelo de aleccionamiento ideológico, ya una forma práctica de Ilustración del pueblo, de gestación de una mentalidad cívica entre los súbditos a partir de la percepción directa y cotidiana por parte de éstos del efectivo funcionamiento legal de todos los asuntos e instituciones de la sociedad civil, por el cual podía despertarse entre ellos el respeto y el amor patriótico al Estado y a su monarca. A este efecto educativo de formación de la ciudadanía producido por la vigencia y cumplimiento de la ley misma parecía referirse Svarez en aquella ponencia ante la Sociedad del Miércoles del uno de abril de 1789 cuando mencionaba el nuevo ordenamiento procesal prusiano como ejemplo de influjo positivo de la legislación en la Ilustración<sup>43</sup>. Semejante eficacia formativa sobre la conciencia de los súbditos era, sin embargo, sólo la consecuencia retroactiva de haber introducido un procedimiento judicial orientado exclusivamente a la búsqueda de la verdad de los hechos y al cumplimiento estricto de las leyes, dos exigencias ilustradas que confluían –supuestamente– en la necesidad de sustraer la instrucción del proceso a los abogados, expertos en eludir de manera interesada la verdad y el derecho con triquiñuelas formales y abusos interpretativos. La misma eficacia educativa cabía esperar también de una codificación unitaria de la diversidad de fuentes normativas del *ius privatum* que pusiese fin en los pleitos al recurso habitual de los jueces a la *interpretatio*. La luz de la legalidad venía así a proyectar sobre la práctica del derecho, como su cara oculta, esta doble exigencia negativa: la exclusión de la abogacía en los procesos y la proscripción de la interpretación judicial.

De ahí que al hilo de la sugerencia de Svarez en la susodicha ponencia de abril de 1789 podamos comprender la reforma de la justicia emprendida en Prusia con la consabida Orden de Gabinete de 1780 como un movimiento unitario de Ilustración jurídica, cuya clave, más allá de sus matices diferenciales en los campos diversos del “derecho formal” y del “derecho material”, reside en el significativo desplazamiento que se lleva a cabo en la libertad judicial de “pensar por sí mismo” desde la *quaestio iuris* a la *quaestio facti*. Tal como se desprende de aquel escrito del jurista prusiano, el juez deja de ser una “má-

---

43 Cf. C.G. Svarez, “Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung”, *Vorträge*, p. 637-38. Véase al respecto nuestro capítulo 3, donde se reproduce ese fragmento, así como el Apéndice final de textos.

quina” en la parte del proceso concerniente a la instrucción justo cuando empieza a serlo en esa otra parte, la de la elaboración de la sentencia, en la que hasta ahora ejercía libremente su facultad de pensar. Pues Ilustración jurídica significa liberación o *emancipación del despotismo de los abogados* gracias a la instrucción e investigación *ex officio* de la verdad de los hechos, y a la vez *emancipación del despotismo de los tribunales* y juristas, de la autoridad jurisprudencial mediante una legislación cierta, constrictiva del arbitrio de las interpretaciones. El sentido ilustrado último de aquella proscripción de la libre abogacía era prescindir o liberarse de los procesos mismos, de igual modo que con la tendencia a extirpar la interpretación jurídica mediante las leyes se pretendía hacer superfluos a los jueces, o –según la afortunada expresión de Montesquieu– conseguir que el poder judicial fuese “en cierto modo nulo”<sup>44</sup>. Obviamente nos estamos refiriendo aquí al caso prusiano, mas su singularidad, a fuer de modélica, no nos impide –más bien nos recomienda– divisar en él de alguna manera el aspecto global de la Ilustración jurídica allí donde el absolutismo político la marcó con su omnímodo cuño paternalista, aspecto que cabría describir lapidariamente así: *acaso investigación, sí, pero no interpretación judicial*. Tal es la doble luz que el prurito legal, legislador de la razón irradió sobre la jurisprudencia de la Prusia federiciana.

---

44 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona: Orbis, 1984, vol. I, Libro XI, cap. 6, p. 147.

SEGUNDA PARTE

CONSTITUCIÓN DE LA NORMA CIVIL.  
TEMAS Y PROBLEMAS



En el capítulo segundo se ha mostrado que la luz de la razón se tradujo dentro de la monarquía prusiana en una exigencia de legislación del ordenamiento civil en su conjunto, tanto del “derecho formal” o procesal como del “derecho material” o jurídico-privado. Esa misma exigencia se concretó a su vez, dentro del campo de la jurisprudencia práctica, en una fórmula aparentemente paradójica: la atribución a los jueces de tan amplios poderes y libertades en la búsqueda y fijación procesales de la verdad de los hechos, como los que se les sustraía o restringía en la interpretación de la ley para dictar sentencia. En esta segunda parte se examinan por ello con detenimiento todas estas innovaciones características de la Ilustración jurídica en Prusia. Primero se aborda, en el capítulo tercero, la Ilustración procesal, basada en el primado de la “investigación” de oficio sobre la libre “deliberación”, y a continuación, en el capítulo cuarto, se analiza el sentido ilustrado de la codificación del derecho privado o civil bajo el hilo conductor de la primacía de la “legislación” positiva sobre la “interpretación” judicial. Por último, se incorpora a manera de cierre, en un apretado balance de conclusiones, un quinto capítulo, dedicado a discutir algunas de las limitaciones o aporías más destacables del proyecto ilustrado de legislación, así como a plantear, aun dentro de su coherencia interna, el carácter paradójico o al menos ambivalente y problemático de la concepción y alcance del ordenamiento jurídico que cristalizó en el *Allgemeines Landrecht* de 1794.



## ILUSTRACIÓN PROCESAL

Ya en 1784, en su respuesta a las acusaciones lanzadas por Selchow contra el nuevo procedimiento jurídico, C. G. Svarez saca a relucir los aspectos ilustrados de la reforma procesal, asociándolos con los propósitos de una época como la suya, en la cual “la filosofía alza la voz en defensa de los derechos sagrados de humanidad y libertad frente a la represión del despotismo”<sup>1</sup>. Cinco años después, en su conferencia del primero de abril de 1789 ante la Sociedad del Miércoles, viene a concretar expresamente la dimensión ilustrada del proceso prusiano en la máxima libertad concedida al juez para la investigación de los hechos, así como en la subsiguiente información y adoctrinamiento que gracias a su comparecencia personal reciben las partes acerca del desarrollo del asunto en cada momento.

“Creo que la forma vigente del procedimiento judicial en los procesos es muy favorable para la Ilustración. Dado que ahora compete al juez averiguar los hechos que originan un proceso, en todas sus conexiones y según todas las circunstancias, de las que en virtud de las leyes emanan derechos y obligaciones, él ha de acostumbrarse más que en caso contrario a pensar por sí mismo. Esto debe ser tanto más cierto cuanto que la ley lo abandona en este cometido al uso propio de su entendimiento y capacidades, y se conforma con someterlo, por un lado, a un control constante en su proceder y con asegurar, por otro lado, a las partes contra meras arbitrariedades. Antes el juez era simplemente una máquina en aquella parte del proceso que concernía a la instrucción, y sólo después, cuando elaboraba la sentencia, tenía a veces aún ocasión de ejercer su facultad de pensar. Ciertamente incumbía, por el contrario, a los abogados esforzarse por la averiguación del hecho [...]. También sobre las partes -pienso- debería tener un influjo beneficioso para la Ilustración el actual procedimiento jurídico. Dado que ellas asisten al desarrollo de sus propios asuntos y pueden seguir ahí al juez en cada paso, puesto que estos pasos se ajustan únicamente a las reglas del sano entendimiento del hombre, de manera que la parte, cuando se ha formado en alguna medida su propia opinión, puede conocer y juzgar fácilmente las razones de por qué ocurre esto o aquello, y puesto que el interés que cada una tiene en el asunto debe mantenerla necesariamente atenta al curso y despliegue del mismo; de todo ello surge realmente una práctica de pensar por sí mismo, y de este modo se le ha abierto a la Ilustración un campo, en el cual ella era hasta ahora completamente desconocida”.<sup>2</sup>

---

1 *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 28; cf. 23-27, 45.

2 C.G. Svarez, “Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung”, *Vorträge*, p.

Según estas palabras de Svarez, la Ilustración procesal consiste sustancialmente en que tanto el juez como las partes pueden pensar y actuar por sí mismos, gracias a que se han liberado de la “obediencia ciega” a los abogados, de cuyo arbitrio dependía en el antiguo procedimiento el curso de las deliberaciones y la fijación del *factum*. Pero excluidos éstos de la instrucción de los pleitos, el juez, en cuyas manos queda ahora la dirección de todas las acciones procesales necesarias para el descubrimiento de la verdad del caso, se informa ya directamente de las circunstancias y auténtica conexión de los hechos haciendo uso de su propio entendimiento. A su vez las partes, que comparecen en persona y, en la deliberación oral “sincera y franca” ante el tribunal, pueden consultar continuamente, se hallan en disposición de conocer y juzgar por sí mismas el desarrollo de la causa en cada instante así como el proceder del juez, puesto que no en balde son adoctrinadas acerca de los motivos de cada paso y de las reglas aplicadas para el esclarecimiento del asunto. En ambos casos ese juicio propio se forma como consecuencia del conocimiento claro de los hechos y de las normas procesales, ya sea porque se estaba de antemano en posesión de él o se adquirió en el ejercicio profesional de sus funciones (en el caso del juez), ya sea porque se obtuvo gracias a la información y aleccionamiento personales del instructor oficial de la causa (en el caso de las partes).

Ahora bien, esta doble ilustración cognoscitiva (auto-ilustración del juez e ilustración judicial de las partes) que tiene lugar en el nuevo procedimiento, es tan sólo el efecto del cambio que la razón exige en la regulación legal misma de su curso e instrucción. Desde esta perspectiva la luz de la nueva ley procesal presenta un doble rostro: por un lado, significa primero y ante todo –negativamente– *emancipación de la tutela de los abogados*; por otro lado, y, como consecuencia casi insoslayable de ello, conlleva –positivamente– junto con la oralidad de la instrucción y la comparecencia personal de las partes, la *dirección e investigación ex officio de los litigios*, de conformidad con los requisitos de configuración iusnaturalista que la sana razón recomienda y aprueba. Pues –como veremos– lo que en última instancia asiste a todo este alegato ilustrado en favor del nuevo ordenamiento procesal, es una voluntad sostenida de *naturalización* de las formas jurídicas, comprensible como reacción contra el sofisticado proceso común, pero que tampoco puede desligarse en este caso de ese espíritu paternalista que traza los límites de la Ilustración

---

637-38 [Véase nuestro Apéndice de textos]. Cf. Carta de von Carmer a von Danckelmann del 8.11.1793, en: H.Thieme, “Die preussische Kodifikation...”, p. 762.

oficial prusiana también (y particularmente) en el ámbito de la jurisprudencia práctica. Tales límites son visibles aquí de modo inequívoco en la restringida libertad de acción procesal de las partes, cuyos logros ilustrados consisten sobre todo en pasar de la tutela de los abogados a la tutela del juez instructor, con el que deben colaborar en el esclarecimiento de la verdad de los hechos. De ahí que hayamos de desglosar el tratamiento de este tema en tres puntos: la *lucha contra la libre abogacía*, la polémica en torno a la *máxima de investigación judicial* en sus implicaciones políticas y jurídico-filosóficas, y el encarecimiento iusnaturalista de los *actos de conciliación* como fórmula para eludir la gravosa complejidad formal de todo proceso.

### 3.1. *La lucha contra la libre abogacía*

El comienzo de la batalla oficial contra la libre abogacía corre paralelo a la fundación del Estado prusiano. Las medidas severamente restrictivas y hasta difamatorias<sup>3</sup> con que Federico Guillermo I mostró su antipatía al estamento de los abogados, se extremaron con la exclusión de éstos por primera vez de los procedimientos sobre asuntos de bagatelas a raíz del *Edikt über Verfahren in Bagatellsachen* del 24 de febrero de 1739, derogado, no obstante, un año después. Con Federico II la hostilidad real siguió en aumento. La reforma de Coceji prohibió la actividad de los procuradores en la dirección del proceso para dejarla en manos de los abogados<sup>4</sup>, los cuales (según el *Codex*

3 Aun cuando ya bajo Federico I de Prusia-Brandemburgo se propusieron sin éxito fórmulas de cualificación profesional y de reducción del número de procuradores y abogados, es Federico Guillermo I el que emprende una lucha desconsiderada contra el estamento no sólo disminuyéndolo cuantitativamente sino también dictando disposiciones que ellos consideraron deshonrosas, como la imposición de la toga negra para conferirles un carácter público. Para más información sobre esta lucha contra la libre abogacía en Prusia durante el siglo XVIII consúltese F. Bomsdorf, o.c., 69-88, y sobre todo los monográficos de A. Weissler, *Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Grossen*, Königshütte 1891, y Ch. Grahl, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Grossen. Prozessbetrieb und Parteibeistand im preussischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781*, Göttingen, 1994.

4 El procurador, una figura que en sus orígenes allá por la Baja Edad Media tuvo un carácter eminentemente político (cf. M. Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona/México 1984, pp. 75-76), acabó asumiendo a lo largo de la época moderna -al menos en los países germánicos- funciones de asistencia jurídico-burocrática a las partes en colaboración con los abogados, y sólo se diferenciaba de éstos (más *de facto* que en

*Fridericianus Marchicus* 1, Tit. XIV), aunque admitidos ciertamente como representantes jurídicos de las partes, en calidad ahora de funcionarios públicos quedaron, con todo, constreñidos en su libertad de movimiento, al tiempo que se tendía a favorecer su ausencia, especialmente en los tribunales inferiores. Será, sin embargo, en la *Prozess-Ordnung* de 1781 cuando desaparezcan definitivamente del proceso civil en general, si bien sólo por un período limitado, ya que la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793 –en consonancia con el *Cirkular-Rescript* del 20.9.1783– los recupera relativamente a través de la peculiar figura de los “comisarios de justicia”, quienes podían funcionar tan sólo como asistentes jurídicos o apoderados de las partes, sin asumir jamás la instrucción del proceso<sup>5</sup>.

Es indudable que en la creación de un procedimiento sin abogados confluieron tanto razones económicas como sociales y aún más de índole estrictamente jurídica. La dilación y multiplicación interesada de los pleitos había hecho de la administración de justicia una maquinaria pesada y ruinoso para el Estado, pero asimismo desigual, puesto que sólo las clases pudientes estaban en condiciones de sufragar los costes procesales y de abonar las tarifas privadas de los abogados más hábiles y codiciados. A ello se añadía –este fue el argumento nuclear de ese breve discurso contra la libre abogacía que es la Nota Preliminar de la *PO* de 1781– la convicción de la inevitable *injusticia* de una sentencia judicial basada en el oscurecimiento e incluso tergiversación de los hechos mediante toda clase de trucos formales y pruebas inadecuadas. Mientras no estuviese en manos del juez –así se argüía– “el desarrollo y discusión del *factum* que se halla a la base de todo litigio, y sin cuyo esclarecimiento completo no cabe pensar en una aplicación correcta y apropiada

---

teoría) por ser un mero *conocedor práctico* del derecho, que actuaba además como portavoz efectivo de las partes y se encargaba realmente de llevar todas las acciones procesales, mientras que los abogados, por su *formación docta*, se limitaban esencialmente a redactar por escrito las actas (cf. Conrad, *Rechtsgeschichte*, II, 460-61; Weissler, o.c., 4). En realidad, la falta de una distinción nítida entre ambas figuras explica que buena parte de la literatura dieciochesca sobre la corrupción de los abogados tenga a su base la experiencia procesal del contacto directo con los procuradores.

5 El “comisario de justicia” era una figura judicial que –según la *Prozess-Ordnung* de 1781– se encargaba de asesorar sobre cuestiones jurídicas extraprocesales. Con su exclusión de la instrucción y representación procesal, la mayoría de los abogados pasaron a engrosar las filas de esta nueva figura (cf. *Briefwechsel*, Segundo Cuaderno, 26-28), cuya intervención, no obstante, en el procedimiento civil –sólo como asistentes jurídicos o apoderados de las partes– se contempla ya definitivamente en la *AGO*, I, 3. Tit., espec. §§ 14-77.

de la ley”, “el bien y el mal de los súbditos”, y particularmente sus derechos, seguirían a merced de la “discreción de unos abogados” que “por malicia, afán de lucro, negligencia” u “otros propósitos igualmente punibles [...], pueden corromper la causa más justa”<sup>6</sup>.

Mas bajo esta concienzuda voluntad jurídica de impedir que “el arte, el ingenio y la astucia de un abogado mañoso” se impusieran sobre la verdad y la justicia<sup>7</sup>, alentaba un pensamiento iusnaturalista hostil a las formalidades inútiles del proceso común, y que vislumbraba, por ende, en la sofística lucrativa de los abogados la superficie más preciada del *procedimiento romano-canónico*, equipado desde la Baja Edad Media con las armas lógico-retóricas de la *disputatio*<sup>8</sup>. La insistencia por parte de los reformadores en el carácter bárbaro y antinatural tanto del recurso a los abogados como del ordenamiento procesal que los sostenía, revela, pues, que la lucha librada en Prusia durante el siglo XVIII contra ese estamento era, en el fondo, la lucha contra la institución de un procedimiento “culto” y formalista, así como la reivindicación de fórmulas de abreviación de los litigios que se aproximasen al “antiguo proceso germánico”, tenido por modelo de *ordo naturalis* por teóricos tan afamados como H. Conring, J.H. Boehmer o el mismo Ch. Thomasius.

---

6 “Vorbericht”, *CJF*, I, p. XVI-XVII, XXI; cf. *Cabinets-Ordre* (14.4.1780), ibidem, p. VI-VII; y Kamptz, “Verhandlungen...”, o.c., 6-7.

7 *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 135; cf. Primer Cuaderno, 2, 13-14; Segundo Cuaderno, 3-4.

8 La *disputatio* constituía en el Medievo la forma prototípica de probar la verdad de una tesis ante la razón, y con el hallazgo de la Tópica aristotélica (y la subsiguiente equiparación de la Retórica a la Dialéctica) llegó a convertirse durante la Baja Edad Media en el arte de la *prueba racional* en general (*ars disputatoria*). Pero este método escolástico de racionalidad devino asimismo institución procesal, cuando a partir del siglo XII los Glosadores de la Escuela de Bolonia se sirvieron del instrumental lógico de la Tópica aristotélica para el comentario jurídico del recién descubierto *Corpus Iuris* justiniano. Fue así como la *disputatio* retórica se introdujo en el curso jurídico que por naturaleza le era más afín, y que emergía por entonces: el proceso civil, en el cual se trata ante todo de hacer valer un derecho a través del juego polémico de los argumentos. Y fue así como se transmitió al mundo jurídico moderno, particularmente a través de la “teoría legal de la prueba”, característica del procedimiento romano-canónico, para pervivir luego como residuo hasta el siglo XVIII en el “método de acumulación dicotómica” (*rationes dubitandi / rationes decidendi*), con el que las Facultades de Derecho fundamentaban los dictámenes periciales que recababan los tribunales en los pleitos. Cf. W. Neusüss, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache*, Berlín 1970, p. 18-30; y F.Gil, *Preuves*, París 1988, p. 22-40.

### 3.2. En torno a la “máxima” de investigación judicial

De entrada parece palmario que con la eliminación procesal de los abogados fuese a quedar en manos del juez la dirección e instrucción de las causas civiles, hasta entonces competencia de aquéllos. El imperativo de investigación judicial de los hechos, planteado como fin prioritario de la Ordenanza Procesal de 1781, no se concebía, empero, simplemente como la respuesta consecuente a una dificultad –por así decir– técnica, de gestión procedimental; respondía sobre todo a cierta conciencia ilustrada acerca de la autonomía procesal del juez instructor y, en particular, a la convicción correspondiente de los reformadores de que la obligación judicial de hacer justicia era inseparable de la averiguación *ex officio* de la verdad del caso, ya que sólo del conocimiento directo por parte del juez de la auténtica situación fáctica podía seguirse una sentencia conforme a derecho.

Ahora bien, este argumento sobre la inextricable conexión entre *verdad* y *justicia*, esgrimido por Svarez en el *Briefwechsel* para acreditar la racionalidad iusnaturalista del principio de investigación judicial recién introducido<sup>9</sup>, encierra bajo su aparente obviedad una determinada concepción filosófica de la naturaleza y meta del proceso civil, así como una peculiar visión política del derecho y de la jurisprudencia, que se apartaban considerablemente de la tradición jurídica establecida. La complejidad temática del asunto se acrecienta a su vez debido al oscurecimiento histórico que ha acompañado a la comprensión del nuevo curso procedimental prusiano por parte tanto de sus detractores coetáneos como de la teoría decimonónica de las máximas procesales. En este apartado me conformaré con destacar los perfiles *filosóficos*, y su significado *histórico*, de la así llamada “máxima de investigación”, supuestamente característica del proceso prusiano, partiendo de los principios de la teoría procesal de la época<sup>10</sup>, así como a sugerir la orientación *política*

---

9 “Así pues, el nuevo ordenamiento procesal” –escribe Svarez– “descansa realmente en principios que la razón ilustrada reconoce y aprueba como correctos, y sus reglas para la aplicación de esos principios están sacadas de la naturaleza de la cosa, adaptadas al propósito que debe lograrse. Hasta donde las conjeturas humanas puedan llegar, cabe, pues, suponer que la nueva ordenanza durará mientras el sano entendimiento humano empuñe el timón, mientras la verdad y la justicia sean la meta hacia la que deba orientarse todo esfuerzo del juez en el ejercicio de su profesión” (*Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, p. 99). Cf. Segundo Cuaderno, pp. 3-4.

10 Una información más exhaustiva sobre la recepción de la *AGO* por parte de la teoría procesal iusracionalista de comienzos del siglo XIX y sobre la polémica de las “máxi-

que la sustenta, con el propósito último de poner de manifiesto el limitado alcance de la Ilustración oficial federiciana en la “forma” de administración de la justicia civil.

Cuando en las deliberaciones de enero de 1776 J.H.C. von Carmer propuso que el juez, en detrimento de los abogados, asumiese directamente, de oficio, “como en el proceso de inquisición”<sup>11</sup>, empleando todos los medios a su alcance, el interrogatorio de las partes y la investigación de los hechos litigiosos, su propuesta no sólo contravenía a la praxis del ordenamiento jurídico vigente; a primera vista difícilmente satisfacía el principio procesal asentado entre los teóricos del derecho común y expresado en la fórmula: “donde no hay acusador, no hay juez”, la cual fue considerada luego como la versión forense del postulado de libre disposición sobre los propios derechos e identificada, por ende, con la “máxima de deliberación” (“*judex ex officio non procedit*”) por los grandes procesalistas alemanes de la primera mitad del siglo XIX. Serían éstos precisamente los que llevaran hasta el extremo de la fundamentación filosófica la ruptura -ya subrayada en su tiempo por los enemigos de la reforma- que presuntamente representaba el nuevo curso procesal prusiano, al considerarlo regido por una “máxima de investigación”, que el jurista bávaro N.Th. von Gönner, en contraste con la supuesta “máxima de deliberación” del proceso común, había caracterizado en los rotundos términos del “*alles von Amtswegen*” (“todo de oficio”)<sup>12</sup>. Esta oposición teórica, producto más del análisis especulativo que de la realidad jurídico-positiva, venía, con todo, a rubricar a su manera las dos concepciones distintas que entraron en juego en la polémica desatada por la PO de 1781, y que eran abonadas en cierto modo por la naturaleza hipotéticamente bifronte del proceso civil, punto de encuentro entre el derecho público y el privado. Esas visiones discrepantes se revelan abiertamente en el tratamiento diverso de las tres cuestiones que salieron a relucir en las críticas de Selchow y, sobre todo, de Rebeur, a saber:

---

mas procesales” puede hallarse en: M. Hernández Marcos, “Die Prozessrechtsreform und das ALR sowie die Polemik um die Inquisitionsmaxime in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, en: B. Dölemeyer / H. Mohnhaupt (ed.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, Frankfurt am Main 1995, p. 327-355; así como en: Bomsdorf, o.c., 98-192.

11 Kamptz, “Verhandlungen...”, 27.

12 N.Th. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, vol.1, Erlangen 1801, p. 262. Sobre la inexactitud histórica de esta contraposición iusracionalista *a priori* entre proceso común y prusiano en términos de máximas radicalmente heterogéneas v. Abegg, o.c., p. 129-135 y Bomsdorf, o.c., p. 95-96.



el espinoso asunto del lugar *epistemológico* del proceso civil en la ciencia del derecho, la cuestión de su significado en relación con la *libertad civil* y la propiedad de los ciudadanos, y el problema *metodológico* del derecho válido ante los tribunales.

En lo que atañe al primer punto, la objeción –facilitada en parte por el desafortunado símil de Carmer–, según la cual la atribución al juez de amplios poderes para indagar la verdad de los hechos implicaba una extensión ilegítima del *procedimiento de inquisición* y la conversión, por tanto, del proceso civil en un proceso penal, se hacía desde el supuesto de que el procedimiento judicial en asuntos civiles es el mero sustituto de la autodefensa natural, que concierne por ello exclusivamente al derecho privado (y a su protección), y, por consiguiente, no puede regularse como si los asuntos tratados en él afectasen directa e inmediatamente al Estado<sup>13</sup>, lo cual es, sin embargo, el caso del proceso criminal. En cambio, los reformadores prusianos, protagonistas de un tiempo que no vive aún la estricta separación liberal, decimonónica, entre *derecho público* y *derecho privado*, Estado y sociedad, entienden el proceso civil como una institución de competencia estatal que administra la justicia como un bien común por encima de la libertad e intereses de las personas individuales, y cuyo cuidado incumbe de manera eminente al juez, en cuanto simple delegado del poder de jurisdicción del soberano absoluto<sup>14</sup>. De ahí que aun reconociendo la naturaleza jurídicoprivada del objeto de todo procedimiento civil, definan, no obstante, este como “la deliberación forense, mediante la cual el juez debe ser puesto en condiciones de decidir una disputa según las leyes”<sup>15</sup>.

Este paternalismo político que alienta en la concepción procesal prusiana, resulta aún más palpable en la peculiar manera como el procedimiento judicial, en consonancia con su restringida orientación hacia el derecho privado, es concebido en el tema de la *libertad civil* y del *formalismo jurídico*. El alegato crítico más usado por los adversarios de la reforma insistía en que el principio de investigación oficial lesionaba la “libertad natural” de los súbditos y sancionaba el “despotismo de los jueces”, de cuyo arbitrio desmedido

13 Cf. Ch.L. von Rebeur, *Ueber die neue preussische Justiz-Reform*, Hannover 1789, p. 34. La misma concepción del proceso civil, ya en clave liberal, en K. Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, Giessen 1800, p. 98; e incluso en el propio Gönner, o.c., 91.

14 Cf. C.G. Svarez, *Vorträge*, p. 481. V. asimismo al respecto E. Hellmuth, *Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Horizont*, Göttingen 1985, p. 98-99.

15 AGO, I, Introducción § 2; cf. ALR II, Tit. 17, § 4; Svarez, *Vorträge*, o.c., 432.



dependía ahora el destino de las partes. Rebeur hacía valer esta acusación introduciendo además el argumento que los procesalistas liberales de la primera mitad del siglo XIX emplearían para asignar la racionalidad procesal únicamente a la “máxima de deliberación” en menoscabo de la de investigación, a saber: que de la libertad general de disposición sobre los propios derechos se sigue la libertad de elegir los *medios* de defenderlos o conservarlos ante los tribunales, como un ingrediente más de esa “libertad civil” de todo propietario privado que una disposición procesal nunca debe atacar<sup>16</sup>.

En sus respuestas los reformadores lograban ciertamente conjurar en buena medida el peligro de despotismo judicial recordando, entre otras cosas, además del seguimiento directo de las acciones procesales por las partes mismas y por sus asistentes jurídicos, el reparto y control mutuo de las tareas de instrucción entre los diversos miembros del colegio de justicia<sup>17</sup>. Por otro lado, era evidente que la AGO no negaba rotundamente a las partes -contra lo que indicaría su posterior identificación histórica con una “máxima de investigación” estricta- la libertad de disposición tanto sobre sus propios derechos como sobre los medios procedimentales de perseguirlos, e incluso hay en ella preceptos que suponen una restricción del deber judicial de averiguación de los verdaderos hechos. Piénsese, por citar algunos ejemplos, en el encarecimiento del “arreglo amistoso” o en la licitud del juramento y de la confesión<sup>18</sup>. A pesar de ello -y de la clara prohibición al juez de considerar hechos y pruebas conocidos en privado o circunstancias personales irrelevantes para el esclarecimiento del caso-, la amenaza de injerencia estatal en la vida (y propiedad) privada de los ciudadanos pendía inexorablemente, cual patriótico destino, sobre un procedimiento jurídico que asumía como fundamento último el primado de los fines generales de la verdad, la justicia y el bienestar públicos sobre la libertad civil de un particular cualquiera. Desde este supues-

---

16 Ch.L. von Rebeur, o.c., 34; cf. Gönner, o.c., 259. Sobre el concepto de “libertad civil” en Alemania en la segunda mitad del siglo XVIII v. D. Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert*, Paderborn, 1976, cap. 2, espec. pp. 59-70. Una síntesis de la ambivalencia de este concepto puede encontrarse en: M. Hernández Marcos, “Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe”, en: D. Canale / P. Grossi / H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, o.c., chap. 3, pp. 118-124.

17 Cf. Kamptz, “Verhandlungen...”, 51-52; PO, Vorbericht, p. XXIX; *Briefwechsel*, Primer Cuaderno, 13 ss.; Tercer Cuaderno, 20.

18 Sobre este punto concreto v. M. Hernández Marcos, “Die Prozessrechtsreform...”, o.c., p. 352-53.

to básico –así lo admitía el colaborador O. N. Baumgarten– resultaba imposible establecer “límites” precisos entre “la intromisión ilícita” y la “necesaria del Estado en los asuntos internos de las familias”, por lo mismo que tampoco cabía determinar de antemano “hasta dónde había de llegar el juez en sus pesquisas para cumplir con su deber”<sup>19</sup>. En la misma línea justificaba Svarez, por ejemplo, la ilimitada facultad judicial para requerir documentos así como la obligación de entregarlos que tenía el demandado o una tercera persona ajena a la causa, recurriendo a la dimensión jurídico-coactiva que cobra en el Estado el deber moral de contribuir a la felicidad de todos<sup>20</sup>.

Pero acaso sea en la decidida aversión al *derecho formal* y a las formalidades “inútiles” del proceso civil donde mejor se exprese ese carácter *tutelar* que liga el principio de investigación judicial con el eudemonismo ilustrado de la política absolutista. Los reformadores manifestaron repetidas veces que el objetivo principal de la Ordenanza Procesal era la elucidación de la *verdad material* de los hechos, a la que se accedería únicamente si se liberaba al juez en su indagación de todos los *genera et formulae actionum* de la querrela y del reglado procedimiento de producción de la prueba, que en el proceso común le abandonaban a la astucia leguleya de los abogados. Sólo que tal aspiración era en sí misma aporética, por cuanto la verdad y la justicia “materiales” difícilmente podían determinarse de manera objetiva, con independencia de las alegaciones y estimaciones legales de las partes y del juez respectivamente. Pues –tal como recordaría Justus Möser en 1783– no cabe hablar de un derecho y una verdad *en sí*, “real”, sino de meras *opiniones* privadas sobre lo justo y acaecido, de cuya beligerancia podemos protegernos, salvaguardando así la paz y seguridad de un Estado, sólo mediante el derecho y la verdad “formales”, esto es, mediante lo que “así ha sido estipulado” o convenido comúnmente, y está, por ende, acreditado con “el sello de la fórmula”<sup>21</sup>. Este formulismo es en los litigios civiles tanto más importante, cuanto que en ellos –como subrayaran los procesalistas decimonónicos– la libertad de disposición sobre los propios derechos alcanza especialmente a los términos *formales* en los que cada parte *quiere* plantear o rebatir la demanda ante el juez instructor. En este sentido no faltaron entre los coetáneos (Selchow, Schlettwein, incluso Rebeur) críticas tendentes a insinuar la lesión

19 *Briefwechsel*, Primer Cuaderno, 36.

20 *Ibíd.*, Tercer Cuaderno, 86.

21 J. Möser, “De las importantes diferencias entre derecho real y formal”, en: J. Möser, *Escritos escogidos*, Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 127-28.

de la libertad civil que comportaba una investigación *ex officio* que, eximida de fórmulas y reglas procesales, derivase en una protección o negación de derechos no declarados ni reconocidos como tales por las partes a través de los medios formales de que hicieran uso durante el desarrollo del caso.

Ahora bien, parece claro, no obstante, que la autoridad concedida al juez para esclarecer por sí mismo la verdad material de una disputa se amparaba en la conciencia paternalista del Estado federiciano. Desde ella, en efecto, resulta comprensible que si el soberano debe decidir, como un padre de familia, sobre la felicidad de sus súbditos, menores de edad, determine también tutelarmente en los tribunales, a través de la persona del instructor, el verdadero derecho civil de las partes litigantes, que éstas, por ignorancia o comodidad, son *ex hypothesi* incapaces de reconocer o formular expresamente. Es igualmente este espíritu paternalista el que arroja alguna luz sobre esa concepción *intuitiva* del derecho y la justicia, supuestamente próxima al “sano entendimiento común”, que quisieron hacer valer los reformadores prusianos, para quienes no en balde, escarmentados como estaban por los excesos formales del derecho común, todos “los procesos, incluso con el tratamiento más adecuado, son siempre un *mal* que hay que evitar en lo posible dentro de la sociedad civil”<sup>22</sup>.

Con todo, el sentido *histórico* de esta mentalidad anti-procesal, no exenta de un obvio peligro regresivo, apuntaba hacia una *naturalización* necesaria de las formas jurídicas y sociales, que muchos ilustrados venían planteando con la doctrina crítico-normativa del retorno a la naturaleza, pero que en el caso de la reforma procesal prusiana se vio empañada por cierto anacronismo en algunas de las soluciones propuestas. No cabe duda en este aspecto de que, subviniendo al extendido afán de abreviación y simplificación (*ius*) naturalista del proceso civil, el principio de investigación judicial de los hechos constituía, por su reducción de formalidades en favor del trato directo y personal con las partes, la única salida aún *procesal* que posibilitaba en un procedimiento ordinario la aproximación asintótica del “derecho formal” al “derecho material” o real. Pues como alternativa a todo proceso en general -el sumario inclusive- se contemplaba el tan preconizado “intento de arreglo amistoso”, fórmula de continuidad directa con la institución de los “conciliadores” o “pacificadores” y con los antiguos tribunales de arbitraje.

---

<sup>22</sup> AGO I, Introducción § 22. Cf. asimismo la Orden de Gabinete del 14.4.1780, *CJF*, p. XII; *Briefwechsel*, Segundo Cuaderno, p. 7; Suplemento del Tercer Cuaderno, p. 132-33; *Vorträge*, o.c., 434.

### 3.3. Sobre el “acto de conciliación”

Apoyándose precisamente en la doctrina de la maldad de todo proceso por su pernicioso influjo en la fortuna y moralidad de las partes, la Introducción de la AGO prescribía ensayar un “arreglo amistoso” o un “acto de conciliación” entre los contendientes antes de instruir una causa<sup>23</sup>. La idea no era nueva (hay precedentes del acuerdo amistoso en ordenanzas procesales alemanas más antiguas), pero sí la amplia difusión que llegó a adquirir en Prusia con la reforma de la justicia de S. von Cocceji, en la cual por primera vez se estipuló como una obligación judicial al inicio de cualquier pleito<sup>24</sup>. Se trataba, pues, en principio no tanto de un caso de reducción sumarial del procedimiento, sino más bien de una fórmula para evitarlo a toda costa. De hecho consistía en una citación judicial, a ser posible –y desde la PO de 1781 definitivamente– sin abogados, en la cual el juez, una vez obtenida la información completa en la escucha directa de las alegaciones personales de ambas partes, elevaba su propuesta de acuerdo<sup>25</sup>. Sólo si ésta no surtía efecto (ni tampoco alguna otra medida de abreviación procesal), el asunto debía despacharse por la vía ordinaria.

La reforma procesal del Canciller von Carmer introducía, sin embargo, como novedad legislativa la integración de la propuesta de arreglo en el propio curso del procedimiento ordinario, de tal suerte que ya no representaba tanto una opción alternativa al proceso civil *tout court*, cuanto una fórmula constante de naturalización o simplificación interna del mismo que tendía a hacer superfluas, a detener al menos las formalidades subsiguientes de la instrucción judicial, incluida la sentencia. Tal era, a mi entender, el sentido de los tres intentos de conciliación escalonados que contemplaba la AGO de 1793: (i) *antes* de la fecha de instrucción procesal, cuando de la comparación de la querrela y de la respuesta del acusado se desprendía que las partes estaban de acuerdo en los hechos, aunque no en los derechos<sup>26</sup>; (ii) en la *instrucción* misma, tras la regulación del *status causae et controversiae*,

23 Cf. AGO I, Introducción § 22; Tit. 11, § 1 (todo el Título 11 está dedicado al “intento de arreglo”). La terminología oficial empleada para referirse a los intentos de conciliación variaba de una ordenanza procesal a otra y hasta dentro de la misma. Con todo, las expresiones más frecuentes eran *Vergleich(sversuche)*, *Güteversuch*, *Sühneversuch* e incluso *gütliche Beilegung*.

24 Cf. CFM 4, Tit. 7, § 1.

25 Cf. CFM 4, Tit. 7, § 4; AGO I, Introd. §§ 23-24.

26 Cf. AGO, Introd. § 30; Tit. 9, §§ 27-28.

que precedía a la presentación de las pruebas sobre las circunstancias fácticas relevantes<sup>27</sup>; y (iii) una vez cerrada la instrucción sin arreglo posible, en la fecha fijada para la *conclusión* del proceso, antes de examinar las actas para redactar el juicio definitivo<sup>28</sup>. De este modo los reformadores, que con el principio de investigación *ex officio* de los hechos habían aligerado regularmente de formalidades el procedimiento ordinario, contaban por añadidura con la posibilidad excepcional de adelgazarlo jurídicamente en cada momento de su desarrollo normal.

---

27 Cf. AGO I, Tit. 10, § 1, § 40.

28 Cf. AGO, Tit. 12, § 5.

## ILUSTRACIÓN DE LA LEY, DESPOTISMO DE LA INTERPRETACIÓN

En el amplio marco del “derecho material” y, dentro de él, en la esfera propia del derecho civil, la luz de la razón revirtió –como se mostró mas arriba– en una apuesta, cada vez más decidida a lo largo del siglo XVIII, por la *legislación* como fuente única del derecho en detrimento de la *interpretación* de jueces y juristas, reprobada por los ilustrados como supuesto caldo de cultivo de la arbitrariedad y el despotismo de los tribunales. La salida de la minoría de edad jurídica, el atrevimiento a pensar por sí mismo en el orden civil de la sociedad, pasaba por emanciparse de la autoridad de los “doctores” y de la tutela de los usos y costumbres tradicionales para actuar conforme a la libertad y seguridad de una ley clara, precisa y comprensible, que *ex hypothesi* todos se habían dado a sí mismos en virtud del contrato social. Esta voluntad de “poner el poder de la ley en el lugar de la mera autoridad doctrinal”<sup>1</sup> fue afirmándose particularmente en el último tercio del siglo XVIII en Prusia y entre el círculo de colaboradores del Canciller von Carmer, alentada sin duda por el creciente número de tratados sobre teoría de la legislación que bajo influjo de Montesquieu, Voltaire y Beccaria abogaban por una codificación según principios racionales que acabase con la inestabilidad de las interpretaciones y la incertidumbre del derecho común, auspiciada por ellas<sup>2</sup>.

---

1 Carta del Canciller von Carmer a Danckelmann del 29.12.1793, en: H.Thieme, “Die preussische Kodifikation...”, p. 766.

2 Cabría citar en este sentido, además de al mismo Federico II con su *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1750), a K.F. Hommel, *Principis cura leges*, Leipzig 1765; L. Fenderlin, *Gedanken über die Verabfassung eines allgemeinen Gesetzbuches zur Verbesserung derer Justizverfassungen*, Breslau 1770-73; J. Claproth, *Ohnmasgeblicher Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs, welcher die Process-Ordnung, vom Privatrecht das Recht der Personen, und von der Polizey-Ordnung das Dorfrecht enthält*, Frankfurt 1773; J.W. von Tevenar, *Versuch über die Rechtsgelahrtheit*, Magdeburg/Leipzig 1777; Ch.L. Paalzow, *Versuch über die Gesetze*, Breslau 1781; Ch.G. Biener, *Bedenklichkeiten bey Verbannung der fremden Rechte aus Teutschland und Einführung eines allgemeinen teutschen Gesetzbuchs, nebst Betrachtungen über die Verbesserung der Gesetze in den einzelnen Staaten*, Halle 1781; y contra la idea de una codificación J.G. Schlosser, *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen und bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des Römischen Rechts*, Leipzig 1777.

Ahora bien, esta literatura publicista, al tiempo que contribuía a crear un estado de opinión favorable, se hacía eco simplemente de la necesidad práctica, sentida ya desde comienzos de siglo, de una *legislación* general del derecho civil, tanto por razones jurídico-técnicas como jurídico-políticas. Pues, por un lado, con su propuesta de confeccionar códigos de leyes claras y precisas los ilustrados creían satisfacer la reiterada aspiración a un *ius certum* que, atajando la caótica complejidad del ordenamiento jurídico heredado de la “recepción”, pusiera fin a la proliferación y prolongación de los procesos y a la vez facilitase a los ciudadanos tanto el conocimiento como la seguridad de sus derechos (y obligaciones). Mas, por otro lado, el encauzamiento específicamente legislativo del *ius certum* respondía a la implicación del movimiento ilustrado alemán en el proceso histórico de consolidación del *absolutismo político*, ya que la tendencia a la monopolización monárquica de todos los poderes en contra de los estamentos resultaba considerablemente reforzada con la limitación de la creación jurídica a la legislación y el reconocimiento de esta exclusivamente como una regalía.

Este peculiar entrelazamiento de política y derecho, característico de la codificación en general, y aún más de la prusiana, se explica por el hecho de que la única vía para someter la oscura diversidad del ordenamiento típico del *ius commune* a la certidumbre de la unidad jurídica consistía en fundarla en la unidad política de una única voluntad pública, soberana en todo el territorio. Quien –hobbesianamente hablando– había sido capaz de neutralizar la guerra de las opiniones religiosas poniéndose a sí mismo como verdad única en el Estado, debía también estar capacitado para poner término a las controversias jurídicas y a “las tiranías de muchos” jueces con sólo hacer valer en el derecho “el despotismo de uno”<sup>3</sup>, erigiéndose él mismo en fuente jurídica suprema y en intérprete único de la ley. La teoría jurídico-filosófica que, rubricándolo, tomó el pulso a este razonamiento histórico, fue la denominada doctrina de la *voluntad del legislador*, difundida en el mundo germánico por la tradición voluntarista gracias a Samuel Pufendorf, quien ya en 1682, en su obra *De officio hominis ac civis*, había sostenido que “las leyes son mandatos sancionados” por una autoridad bajo amenaza de coacción<sup>4</sup>. Según dicha doctrina la ley no es otra cosa que lo que ordena o declara el soberano, y sólo él puede legítimamente promulgar leyes lo mismo que derogarlas, así como

3 C. Beccaria, *De los delitos y las penas*, Madrid 1988, cap. 4, p. 33.

4 Cf. S. Pufendorf, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, Córdoba (Argentina), 1980, I, cap. 2, § 2, p. 41.

esclarecer el sentido de lo dictado por su propia voluntad. *Condere leges et interpretari*, legislación e interpretación se consideraban, pues, intrínsecamente unidas como facultades diversas de la misma *potestas legislativa* del monarca, y no en balde quedaron recogidas en el *Allgemeines Landrecht* de 1794 como un derecho de majestad:

“el derecho de dar leyes y disposiciones generales de policía, de derogar de nuevo las mismas y hacer interpretaciones sobre ellas con fuerza legal, es una regalía”<sup>5</sup>.

Precisamente esta cualificación jurídico-política de la ley en cuanto expresión directa de la voluntad soberana del monarca absoluto complicó al movimiento legislativo de la Ilustración en una lucha obsesiva, finalmente baldía, contra la *interpretación* de jueces y juristas, en la cual hasta el significado de ésta resultó conceptualmente alterado. La *interpretatio*, ese complejo autónomo de expresiones normativas compuesto de sentencias de tribunales y jurisprudencias, basadas en la razón, en la costumbre o en las opiniones y comentarios de autoridades, que en la tradición del derecho común servía de complemento a la *lex* como una fuente subsidiaria de materiales jurídicos en los casos de duda y, sobre todo, de vacío legal, empezó a ser considerada en la época de las Luces restrictivamente como una actividad tan estrechamente ligada a la *lex*, que no se la tenía por tal más que en relación con una ley expresa (el *casus dubius*), pero entonces era vista como una actividad *creadora* de derecho que socavaba la potestad legislativa del monarca y, en cuanto tal, debía ser proscrita como una *laesio iuris maiestatis*<sup>6</sup>. “In-

5 *ALR*, II, Tit. 13, § 6. Cf. Svarez, *Vorträge*, p. 13. Como contrapartida indicativa de la orientación político-absolutista que adquirió esta doctrina a lo largo del siglo XVIII en Alemania, puede servir el siguiente dato: todavía la *Jüngste Reichabschied* de 1654, art. VIII, § 2 consideraba la facultad de *leges ferendae vel interpretandae* como un poder del *Reichstag* y, por tanto, de los estamentos imperiales, pero no una regalía y ni siquiera un derecho del káiser, por más que a éste se le reconociera la potestad de sanción legislativa suprema.

6 V. sobre este punto G. Tarello, *Le ideologie*, 54 ss.; Cattaneo, *Illuminismo*, p. 16, 44; y P. S. Coderch, “El ‘casus dubius’ en los códigos de la Ilustración germánica”, en: *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 393-445, aquí p. 399 ss., y R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1986, p. 39 ss., quien analiza la lucha contra la interpretación de los jueces sobre todo en el ámbito del derecho penal, donde tuvo su comienzo. Una síntesis sobre el problema de la interpretación en la Ilustración puede verse en M. Hernández Marcos, “Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe”, o.c., chap. 3, especialmente pp. 89-96.



terpretar una ley” –criticaba Voltaire al respecto– “es siempre corromperla”; equivale a “ponerse a sí mismo en el lugar de quien ha escrito la ley”, y “hacer decir al legislador más de lo que ha dicho, y este más” –denunciaba Pietro Verri– “es la medida de la facultad legisladora que se arroga el juez”<sup>7</sup>.

Esta usurpación de la autoridad legislativa del soberano que suponía la interpretación judicial, explica, por un lado, su prohibición, coreada desde medios ilustrados, en las diversas codificaciones germánicas ensayadas durante el último tercio del siglo XVIII, así como la insistencia en la vinculación obligatoria del juez a la letra de la ley (*interpretación literal* o “gramatical”), reducido de este modo en su oficio jurisprudencial a una simple máquina de aplicar, cual un silogismo, el derecho, tal como anhelaban Montesquieu y Beccaria. Mas, por otro lado, justamente el carácter creativo, en vez de meramente cognoscitivo, atribuido a la interpretación, por lo demás inevitable incluso en un código sumamente detallado y preciso, permitía admitirla como una facultad que corresponde *sólo* al legislador, a la única instancia con poder para crear derecho. De ahí el reconocimiento de la sola licitud de la *interpretación auténtica*<sup>8</sup> y la fundación de instituciones destinadas a tal fin, como la *Gesetzkommission* prusiana o el *référé législatif* francés.

Con todo, el recurso, conforme a la doctrina absolutista de la voluntad del legislador, a la intangible potestad legislativa del monarca no fue el único argumento, por más que fundamental, esgrimido por la Ilustración contra el abuso de la interpretación judicial y en favor de la estricta vinculación del juez a la ley. Tras este afán por restringir el arbitrio jurisprudencial de la magistratura no latía simplemente un deseo de afirmar el poder soberano de los príncipes. Al igual que con la obra legislativa, se aspiraba asimismo a erradicar la incertidumbre jurídica del *ius commune*, de la cual la *interpretatio*, tan ineludible ante la pluralidad dispersa de fuentes normativas como fautora de la misma, venía a ser la expresión más genuina. En este aspecto el argumento jurídico más manejado por los teóricos alemanes de la Ilustración tardía era precisamente que sólo la proscripción de la interpretación permitía garantizar la *libertad civil* de los súbditos<sup>9</sup>, puesto que de esa manera éstos

7 F.-M. A. Voltaire, “Las leyes civiles y eclesiásticas”, en: *Diccionario filosófico* (1770), Madrid 1985, p. 363; y P. Verri, “Sulla intepretazione delle leggi” (1765), en: S. Romagnoli (ed.), *Illuministi settentrionali*, Milano: Rizzoli, 1962, p. 142 respectivamente.

8 Véase más abajo p. 98, nota 42.

9 Este reemplazo en los territorios germánicos, coincidente casi con el cambio de siglo, de la doctrina absolutista de la voluntad del legislador por la idea de la protección de los derechos privados del individuo como fundamento del mandato de vinculación es-

no sólo podían ya tener conocimiento cierto de sus derechos y obligaciones a través de las leyes, sino que ganaban además la seguridad jurídica de que antes carecían frente a la arbitrariedad de los magistrados. No en vano Svarez entreveía en esta desprotegida dependencia del *usus fori* en que se hallaban los derechos privados del individuo, la amenaza insalvable de un despotismo judicial que él –en consonancia con los ilustrados– esperaba eludir tanto por la vía de la legislación como de la severa vinculación del juez a la ley.

“Es indiscutiblemente un mal” –argumentaba Svarez– “que los derechos y deberes de los ciudadanos del Estado en sus múltiples relaciones [...] no estén determinados con claridad y certeza, y tenga que abandonarse esta determinación en caso de disputa al parecer del juez. Pues entonces el juez se convierte en legislador, y nada puede ser más peligroso para la libertad civil, máxime cuando el juez es un servidor a sueldo del Estado y el cargo judicial es de por vida”.<sup>10</sup>

Consignada como rasgo más general de la Ilustración europea del “derecho material” al trasluz del mundo germánico esa relación de oposición entre legislación e interpretación, en las próximas páginas se investiga de modo más exhaustivo su papel, orientación y limitaciones en el caso concreto de la codificación prusiana que cristaliza en el *ALR* de 1794. Con tal fin el examen discursivo se concentra en dos temas –a mi entender– nucleares. En un primer apartado se trata la solución de difícil compromiso entre el derecho natural y el derecho positivo que el equipo de von Carmer, en la forma de un *reformismo* tan prudente (legalización racional del ordenamiento jurídico-privado vigente como medio de constituir políticamente el Estado de la monarquía absoluta) como esencialmente *conservador* de la desigualdad y pluralidad de derechos privados y fuentes jurídicas de la sociedad estamental, asumió *ab initio* como meta y método de la tarea legislativa. A este análisis del sentido ilustrado de la codificación sigue, en un segundo apartado, una

---

tricta del juez a la ley, ha sido subrayado por H.Conrad, *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*, Graz 1971, p. 15, 21, y H.Hattenhauer, “Preussens Richter und das Gesetz (1786-1814)”, en: H.Hattenhauer/ G.Landwehr (eds.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806*, Heidelberg 1988, p. 44-45, 65, quien cifra precisamente en ello las diferencias entre Federico II y Carmer-Svarez. Sobre este tema también R. Ogorek, *Richterkönig*, 43-44, 56-57, 61.

<sup>10</sup> C.G. Svarez, “Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?” (1788), en: *Vorträge*, 628 [Véase nuestro Apéndice de textos]. Cf. Carta de von Carmer a Danckelmann del 8.11.1793, en: Thieme, o.c., 760-61, y Réplica de von Carmer a Danckelmann del 29.12.1793, *ibid.*, p. 766, así como el *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, p. 114 y 115-16.

exposición de la historia de la lucha librada *contra la interpretación judicial* durante el lento proceso de formación del *ALR* así como de su fallido empeño.

#### 4.1. *Reforma conservadora. El “iusnaturalismo empírico” del Allgemeines Landrecht de 1794*

La tesis de que el iusnaturalismo moderno ha inspirado las diversas codificaciones europeas impulsadas por el espíritu ilustrado, se halla muy extendida, sin que ello implique de por sí una posición nítida y unánime acerca de los contenidos iusnaturales que se habrían codificado en cada caso y del modo en que ese influjo determinante se habría producido. En relación con esto último, parece claro que no hubo –ni pudo haber– un trasvase directo e inmediato de la ciencia racional del derecho natural, tal como se construyó entre 1650 y 1750 aproximadamente, a los códigos positivos de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX; antes bien, la influencia fue posible y eficaz gracias a un proceso histórico de mediación y adaptación culturales a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII en el cual tuvo lugar la transformación y disolución epistemológicas de los grandes sistemas iusnaturalistas en *ciencia de la legislación*, esa nueva disciplina ilustrada de la política que fue a la vez teórica –como el Derecho Natural– y práctica –como exigía el arte de gobierno–, que ofrecía un conjunto ordenado y sistemático de principios y un diagnóstico sobre la sociedad y el Estado, y señalaba al mismo tiempo las reglas técnicas y medidas legisladoras que debían adoptarse como remedio en cada ámbito civil y en cada nación<sup>11</sup>.

Esto es particularmente notorio en el caso de la codificación prusiana. Como he mostrado en otros trabajos<sup>12</sup>, la empresa legisladora que condujo

---

11 Para una visión panorámica del proceso de transformación del Derecho Natural moderno en ciencia ilustrada de la legislación puede consultarse M. Hernández Marcos, “Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe”, o.c., especialmente pp. 96-107.

12 V. M. Hernández Marcos, “Conoscenza rationale e storia: Sulla relazione tra diritto naturale e diritto positivo nella codificazione prussiana del 1794”, en: L. Fonnesu / B. Henry (eds.), *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, Pisa: Pacini, 2000, pp. 39-54 [versión española: “Conocimiento racional e historia. Sobre la relación entre derecho natural y derecho positivo en la codificación prusiana de 1794”, en: A. Prior Olmos (ed.), *Estado, Hombre y gusto estético en la crisis de la Ilustración*, Valencia: Biblioteca Valenciana, 2003, p. 167-181]; y “Carl Gottlieb Svarez y la disolución del Derecho Natural en Alemania”, en: M. Ferronato (a cura di), *Dal ‘De Jure Naturae et Gentium’ di Samuel*

al *ALR* se basó, en efecto, en una teoría de la legislación que había resultado del doble proceso de desmoronamiento del *systema iuris naturae* de Ch. Wolff en el marco de su escuela (especialmente Darjes y Nettelbladt) desde la década de los sesenta: por un lado, de su disolución “científica” en mera parte introductoria del Derecho Político General (*ius publicum universale*) que definía los derechos y deberes del soberano derivados del pacto social, y, por otro lado, de su devaluación “normativa” a simple consejo de prudencia política (*Staatsklugheit*) para el gobierno legislativo del monarca, que, en el caso de Prusia, supuso la conversión del viejo *ius naturae hypotheticum*, en el que Wolff había reunido las tradicionales instituciones jurídicas estamentales, en guía “natural” –prudente y razonable– del legislador. Esta función de método racional de legislación que cumple el iusnaturalismo en la codificación prusiana, y que hace del *ALR* un código conservador del derecho privado de la sociedad estamental, es lo que se pretende exponer en las páginas siguientes, no sin antes situar nuestro planteamiento en el contexto de las interpretaciones sobre el papel del derecho natural en dicho código que han predominado en la tradición historiográfica.

a) *Sobre el estado de la cuestión. La luz jurídico-privada del iusnaturalismo prusiano*

El perfil ilustrado del *ALR* guarda relación con sus presuntas raíces iusnaturalistas, avaladas en principio tanto por la voluntad anti-romanista que animó siempre a Federico II en su búsqueda de un código racional y adecuado al espíritu germánico, como por las frecuentes apelaciones de los legisladores a la “naturaleza de la cosa”, a la “equidad natural” e incluso a la idea de

---

*Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova: CEDAM, 2005, pp. 269-301. Sobre este tema véase también el amplio estudio, ya citado, de D. Canale, *La costituzione delle differenze*.

Remito al lector que quiera formarse una idea completa de la transformación del derecho natural wolffiano en la teoría de la legislación del *ALR*, a esos dos trabajos. Para evitar repeticiones innecesarias, aquí nos limitaremos a exponer la función estrictamente metodológica del derecho natural prusiano como guía racional e histórica del legislador, junto con una presentación sintética del estado de la cuestión sobre el tema en la historiografía. De este modo damos cuenta principalmente de la segunda parte del *ALR*, el *Personenrecht* allí codificado, en el que se concreta diferenciadamente en la sociedad el “derecho civil” *en general* o *Sachenrecht* (primera parte del *ALR*), el cual constituye sólo el espacio jurídico común a todos los súbditos abierto por la existencia del Estado y la voluntad del soberano.

contrato social para justificar el proceder seguido en la codificación. Mas a la hora de precisar el tipo de iusnaturalismo que pudo cristalizar en el Código de 1794 e inspirar declaraciones de esta índole, ha encontrado especial fortuna entre los intérpretes la idea, sugerida por Dilthey y Stölzel, de un derecho natural específicamente *prusiano* (*preussisches Naturrecht*), que habría sido elaborado sobre todo por Ch. Wolff y su escuela, y al que habrían contribuido también S. Pufendorf y Ch. Thomasius<sup>13</sup>. A favor de esta tesis, ampliamente establecida, suele aducirse como argumento de mayor peso una circunstancia cultural: la expansión creciente de ese Derecho Natural en las universidades alemanas a partir de 1750 y, en particular, su asentamiento en las cátedras prusianas de Halle y Frankfurt am Oder, donde se formaron respectivamente los juristas Klein y Svarez, por más que dicha difusión académica y docente no trascendiera a la praxis de tribunales<sup>14</sup>, fiel todavía a la tradición romanista.

13 Aunque W. Dilthey, “Das Allgemeine Landrecht” (1936), *Gesammelte Schriften* XII, Leipzig/Berlin 1936, Stuttgart 1960<sup>2</sup> identificó el derecho natural prusiano principalmente con Ch. Wolff, también lo relacionó ya con la tradición voluntarista de S. Pufendorf y Ch. Thomasius (cf. esp. p. 154 ss.). De manera análoga se ha pronunciado G. Tarello, *Le ideologie della codificazione*, o.c., 129-130, 212. Esta tesis se ha difundido sobre todo a través de historiadores del derecho como F. Wieacker, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, Madrid: Aguilar 1957, p. 285 ss., 292 ss. [cf. versión alemana: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967<sup>2</sup>, p. 249], quien ha atribuido además al iusnaturalismo prusiano la creación de una “ética estatal” ligada a la monarquía absoluta.

Para una caracterización del “derecho natural prusiano”, particularmente desde una perspectiva sociológica, v. E. Hellmuth, *Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Werthorizont* (1985), quien incluye en el iusnaturalismo prusiano, además de a Wolff, también a sus discípulos Darjes y Nettelblatt (cf. p. 12 ss.).

14 Sobre la amplia difusión del iusnaturalismo wolffiano en las universidades alemanas entre 1750 y 1789 v. J. Schröder / I. Pielemeier, “Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts”, en: O. Dann / D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht-Spättaufklärung-Revolution*, Hamburg: F. Meiner 1995, 255 ss. N. Hammerstein, “Die Naturrechtslehre an den deutschen, insbesondere den preussischen Universitäten”, en: G. Birtsch / D. Willoweit (Hrsg.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preussisches Allgemeine Landrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 3-19 ha cuestionado, sin embargo, el papel de Wolff en la formación jurídica de las universidades protestantes destacando en su lugar la mayor presencia docente de los manuales iusnaturalistas de Pufendorf (especialmente el *De officio hominis ac civis*) y de los discípulos de Thomasius (véase especialmente pp. 5 ss., 14-15, 18-19). Sobre la falta de influencia del derecho natural prusiano en la praxis jurídica v. M. Thomann, “Die

La asociación del código prusiano con esta orientación específicamente germánica del iusnaturalismo moderno debería por sí misma haber disuadido a los intérpretes de cualquier intento de identificar la índole ilustrada del *ALR* con alguna de las conocidas fórmulas de transformación revolucionaria de un hipotético derecho natural de la razón pura en un orden jurídico-positivo de corte liberal o democrático, sea en la forma de Declaración, Constitución o Código propiamente dicho. No han faltado, empero, tentativas de interpretación en esta línea<sup>15</sup>, adicionalmente apoyadas en el proceso de debate público que acompañó a la magna empresa legislativa y en el uso ideológico que los legisladores hicieron inicialmente de él<sup>16</sup>, así como sobre todo en la lectura exaltada de algunos coetáneos, fuesen detractores o adeptos de la codificación, quienes de manera oportunista tendieron a contemplar no sólo el *Allgemeines Gesetzbuch* de 1791 sino también el definitivo *ALR* de 1794 a la luz de las recientes Declaraciones de derechos y Cartas constitucionales americana

---

Bedeutung der Rechtsphilosophie Christian Wolffs in der juristischen und politischen Praxis des 18. Jahrhunderts”, en: H. Thieme (Hrsg.), *Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preussen*, Berlin/New York: W. de Gruyter 1979, espec. 131-32, y N. Hammerstein, “Christian Wolff und die Universitäten. Zur Wirkungsgeschichte des Wolfianismus im 18. Jahrhundert”, en: W. Schneiders (Hrsg.), *Christian Wolff (1679-1754). Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung*, Hamburg: F. Meiner 1986, espec. 267 ss.

15 Exageradamente P. Krause, “Naturrecht und Kodifikation”, en: P. Krause (ed.), *Vernunftrecht und Rechtsreform*, Hamburg 1988, pp. 7-28 (espec. p. 22 ss.), ha querido ver en el *ALR* un intento de realización de los principios de igualdad y libertad del derecho racional clásico de Kant, Rousseau o Mably.

16 Los propios legisladores tendieron a interpretar la colaboración de los estamentos en el código general, decretada el 27 de agosto de 1786 por Federico Guillermo II, como acto de representación constitucional e incluso como realización de la hipótesis del contrato social. Así von Carmer en la Observación Preliminar del cuarto volumen del *Entwurf*, publicado en 1787, y en su informe sobre el avance de los trabajos del *AGB*, presentado a finales de 1789; también el ministro von Hertzberg en su tratado sobre el tercer año de gobierno de Federico Guillermo II, leído ante la Academia de las Ciencias de Berlín el 1.10.1789, y el propio Svarez en su “Kurze Nachricht...” de 1791. G. Birtsch, “Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus. Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landrechts”, *Historische Zeitschrift* 208 (1969), 265-294 ha desvelado el carácter propagandístico, de autolegitimación pública, de estas declaraciones y ha mostrado el papel exiguo y la escasa consideración de los *monita* estamentales, meramente consultivos, en la codificación prusiana. En el mismo sentido se pronuncia A. Schwennicke, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, p. 30 ss.

y francesa<sup>17</sup>. En esta misma dirección, aunque en términos más moderados, se ha desarrollado toda una sólida tradición de comentaristas que ha puesto de relieve ciertos aspectos constitucionales del *ALR* y hasta lo ha celebrado como un momento histórico de “tránsito del Estado absolutista al Estado de derecho”<sup>18</sup>. De aquí ha surgido, en conexión con la *Sattelzeit* de R. Koselleck, la imagen del código prusiano como una especie de “Jano bifronte”, con una cara mirando al orden feudal y otra anunciando el mundo liberal-burgués del futuro<sup>19</sup>.

Pero esta línea de interpretación político-liberal, que obedece, en el fondo, a una reconstrucción del pasado a la luz sesgada de nuestras categorías actuales, ha sido ampliamente cuestionada no sólo a partir de un estudio riguroso

---

17 Véanse las reseñas anónimas a propósito del *AGB* mencionadas en la p. 35, nota 18. Cf. asimismo el libro de J.Ch.Ch. Rüdiger, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Gesetzgebung*, Halle 1798. Contra la supuesta racionalidad iusnaturalista del *ALR* se expresó, en cambio, Morgenbesser en su escrito anónimo *Beyträge zum republikanischen Gesetzbuche enthalten in Anmerkungen zum allgemeinen Landrechte und zur allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten*, Königsberg 1800.

18 Cf. O. Hintze, “Preussens Entwicklung zum Rechtsstaat” (1920), en: *Regierung und Verwaltung* (Gesammelte Abhandlungen, Bd. 3), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967, p. 97 ss.; W. Dilthey, “Das Allgemeine Landrecht”, o.c., 131-204, aquí p. 200. En el mismo sentido H. Thieme, “Die preussische Kodifikation...” (1937), p. 385-86, y “Carl Gottlieb Svarez in Schlesien, Berlin und anderswo”, *Juristen Jahrbuch* 6 (1965-66), 1-25, esp. p. 7; y sobre todo H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, Köln/Opladen 1958 (esp. p. 36), “Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts” (1961), en: W. Hubatsch (ed.), *Absolutismus*, Darmstadt: WBG 1973, pp. 309-360 (esp. p. 310), y *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, Berlin 1965 (esp. p. 6 y 10); G. Kleinheyer, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preussischen Kronprinzen (1791-92)*, Bonn 1959 (esp. p. 146); E. Schmidt, “Staat und Recht in Theorie und Praxis Friedrichs des Grossen”, en: Idem, *Beiträge zur Geschichte des preussischen Rechtsstaats*, Berlin: Duncker & Humblot 1980, p. 194 ss.; H. Hattenhauer, “Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts”, en: H. Hattenhauer / G. Benert (eds.), *Allgemeines Landrecht*, p. 11-39; y T. Württenberger, “An der Schwelle zum Verfassungsstaat”, en: P. Krause (ed.), o.c., pp. 53-88.

19 Cf. R. Koselleck, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848* (1967), München: DTV 1989, p. 24, y G. Dilcher, “Die janusköpfige Kodifikation. Das preussische Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994), 446-469.



del así llamado “derecho natural prusiano”<sup>20</sup>, sino sobre todo por quienes han hecho o reclamado un análisis del *ALR* atento a sus propios conceptos y a las estructuras históricas y culturales específicas en las que aquellos arraigaron<sup>21</sup>, lo cual ha permitido reconocer la fidelidad de los legisladores al régimen político de la monarquía absoluta y al mismo tiempo a la organización jurídica

20 Así, p. e., E. Hellmuth, *Naturrechtsphilosophie*, o.c., 279 ss. y S. Breuer, *Sozialgeschichte des Naturrechts*, Opladen 1983, 198 ss. han atribuido al derecho natural prusiano de los redactores del *ALR* el carácter socialmente conservador y políticamente fiel al Estado absolutista de este último.

21 Pionero en esta línea ha sido G. Birtsch, “Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794”, en: K. Kluxen / W.J. Mommsen (Hrsg.), *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Studien zur Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts. Festschrift für Theodor Schieder zu seinem 60. Geburtstag*, München/Wien: Oldenbourg 1968, p. 95-115, y “Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus. Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landrechts”, *Historische Zeitschrift* 208 (1969), 265-294. Cf. asimismo D. Willoweit, “War das Königreich Preussen ein Rechtsstaat?”, en: D. Schwab / D. Giesen / J.-D. Listl (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift für Paul Mikat*, Berlin: Duncker & Humblot 1989, 451-464; A. Schwennicke, o.c., p. 10 ss., y las nuevas posiciones de R. Vierhaus, “Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungersatz?” (1995), en: B. Dölemeyer / H. Mohnhaupt (Hrsg.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, o.c., pp. 1-21; G. Kleinheyer, *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1. Juni 1794. An der Wende des Spätabsolutismus zum liberalen Rechtsstaat*, Heidelberg: C.F. Müller 1995; H. Hattenhauer, “Das ALR im Widerstreit der Politik”, en: D. Merten / W. Schreckenberger (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*, Berlin: Ducker & Humblot, 1995, pp. 27-57 (esp. 41 ss.) y “Preussen auf dem Weg zum Rechtsstaat”, en: J. Wolff (Hrsg.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg: Müller, 1995, 49-67 (esp. 60 ss.), y finalmente D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., 19 ss., 207 ss., quien ha relacionado el iusnaturalismo prusiano con la arquitectura formal y conceptual del *ALR* y con la afirmación de la doctrina de la soberanía absoluta que se trasluce a través de aquella. Para una panorámica más exhaustiva de esta polémica v. M. Hernández Marcos, “A propósito del bicentenario del *Allgemeines Landrecht* de 1794. Perspectivas de valoración”, *Daimon* 8 (1994), 195-200 (espec. 196 ss.), y “Conoscenza rationale e storia”, o.c., pp. 39-40 [versión española: “Conocimiento racional e historia”, o.c., pp. 167-168]; así como sobre todo la reciente historia de la recepción del *ALR* de H. Hattenhauer, “Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik”, en: W. Gose / T. Würtenberg (Hrsg.), *Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez*, Stuttgart/Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog 1999, 101-125.



de la sociedad estamental, que ellos trataron de redefinir en su seno como verdadera *societas civilis*.

Este breve repaso historiográfico pone de manifiesto, en cualquier caso, hasta qué punto se ha venido a cifrar el sentido ilustrado y la influencia del iusnaturalismo prusiano en los aspectos *jurídico-políticos* de la codificación, dejando de lado, sin embargo, su papel decisivo –como ha subrayado Damiano Canale– en la configuración del *derecho privado* del *ALR*, bajo el supuesto de que este ámbito jurídico se hallaba marcado en su praxis por la Pandectística y el *ius commune*<sup>22</sup>. Esa atención preferente, casi exclusiva de la mirada a las implicaciones políticas de las bases iusnaturalistas del Código quizás haya sido la forma de extravío sintomático con la que se ha logrado eludir –y ocultar– el problema de fondo: la dificultad de encontrar una fórmula de compatibilidad entre derecho natural moderno y derecho romano recibido como fuentes de la obra legislativa prusiana. Pues la luz racional de los principios iusnaturalistas, que reclamaba una legislación clara, comprensible y cierta, exigía, de entrada, desterrar definitivamente las tinieblas del derecho común, lo cual trajo consigo, en la cultura ilustrada, una aversión inicial al derecho romano, criticado como baluarte de la oscuridad por su lenguaje extraño al sano entendimiento de los hombres, de la incertidumbre acerca de los derechos y deberes –objeto de interminables controversias– y del poder autoritario de la interpretación. En los países alemanes la jurisprudencia teórica –y el propio monarca prusiano– propendió por ello a enarbolar como primicia de racionalidad “natural” el derecho territorial propio frente a aquel derecho extranjero recibido y a asociar, en consecuencia, como si de lo mismo se tratara, *derecho natural y derecho germánico*.

Este ensamblaje cultural, lejos de agravar aquella dificultad, permite, sin embargo, allanarla. En efecto, la identificación entre derecho natural y derecho germánico implicaba en su momento una interpretación “historicista” del iusnaturalismo que hizo posible reconocer el *ius commune* vigente en los territorios prusianos desde la primera modernidad como la fuente “natural” del derecho privado, sobre todo después de que así lo hubiese mostrado, desde el punto de vista *científico*, D. Nettelbladt al consumir la integración sistemática del derecho romano recibido en el derecho natural prusiano iniciada en 1725 por J.G. Heineccius con sus *Elementa iuris civilis*<sup>23</sup>. Sólo que esta

---

22 Cf. D. Canale, “Dagli stati della persona alle persone dello Stato”, o.c., p. 158-160; *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 18 ss.

23 Las dos magnas obras de adaptación del *Corpus Juris* al orden y claridad siste-

*naturalización* del *ius commune* como derecho privado “germánico”, que lo habilitaba para ser fuente jurídico-material del *ius civile* expreso del soberano, determinará el carácter conservador de la codificación prusiana, a la vez que reducirá el papel del iusnaturalismo a la función esencialmente metodológica de guía de ordenación lógica y de *racionalización* sistemática del ordenamiento jurídico-positivo de la sociedad estamental, sin más alteraciones sustanciales que la jurídico-política de instituir al mismo tiempo –obviamente, sin Carta Constitucional positiva– la monarquía absoluta como forma de Estado. Esa función lógico-metodológica del Derecho Natural y el carácter de reforma conservadora del derecho común recibido que imprime a la empresa de codificación, desde el punto de vista de la praxis política, es, no obstante, lo que corresponde mostrar en el siguiente apartado, siguiendo el hilo conductor del propio discurso oficial de los legisladores.

b) *Racionalizar el “ius commune” germánico. Sobre el “Derecho Natural Particular” como método prudencial de legislación*

El dato más inequívoco de la prudencia conservadora con la que obraron los legisladores prusianos, acaso sea la asunción del *ius commune* de los territorios germánicos como fuente normativa principal del derecho privado sancionado finalmente por el *Allgemeines Landrecht* de 1794. Tanto las or-

---

máticas del derecho natural escritas por J. G. Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum commoda auditoribus methodo adornata* (1725) y *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum commoda auditoribus methodo adornata* (1727), se emplearon como manuales de derecho romano en las universidades de Halle y Frankfurt am Oder, en las que se formaron Klein y Svarez respectivamente. Por su parte, D. Nettelblatt, en su *Abhandlung von dem gantzen Umfange der natürlichen und der in Teutschland üblichen positiven gemeinen Rechtsgelehrtheit wie auch seinen darauf gerichteten Vorlesungen* (Halle, 1772), emprendió la tarea de completar aquella integración habilitando el derecho romano como “derecho natural privado” germánico, susceptible de codificación, una vez que Samuel von Cocceji, en su *Novum systema iustitiae naturalis et Romanae* (Halle, 1748), hubiese mostrado que los preceptos jurídico-romanos son derivables de la voluntad del soberano y, por tanto, derecho privado positivable en un código. Sobre esta integración de la tradición romanista en la iusnaturalista prusiana v. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., pp. 174 ss.

Conviene añadir que esa integración sistemática, en Nettelblatt, equivalía a convertir las instituciones jurídicas romanas en el contenido esencial, histórico, del *ius naturae hypotheticum* del sistema wolffiano, que tanto él como Darjes habían identificado con el “derecho privado natural” que el soberano debía positivar como “derecho civil”.

denanzas reales que impulsaron el proceso codificador como muchas de las declaraciones de Svarez y del Canciller von Carmer tienden a poner de relieve las bases estrictamente romanas del nuevo código. Así, la misma *Cabinets-Ordre* del 14 de abril de 1780 en la que el rey exigía que se elaborase un nuevo código general en sustitución del oscuro y confundente “código romano”, añadía, sin embargo, que aquél debía formarse extrayendo de este último “lo esencial y concordante con la ley de la naturaleza y la constitución vigente”<sup>24</sup>. Este propósito era confirmado el 27 de julio del mismo año a través de una nueva Orden de Gabinete en la que se especificaban los principios generales según los cuales debía procederse en la codificación. Allí, además de recordar que no se pretendía crear “leyes nuevas” sino más bien recopilar “las ya existentes”, ordenándolas, aclarándolas y, por supuesto, revisándolas, el rey afirmaba que en la “redacción del código general tenía que tomarse como base el *Corpus Juris* del emperador Justiniano”, por ser “el más completo”, por ajustarse “en la mayoría de sus decisiones al derecho de la naturaleza y a la equidad” y por haber sido “aceptado generalmente como código subsidiario” en los territorios prusianos<sup>25</sup>. Por su parte, C. G. Svarez, ante la publicación en junio de 1791 del *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, y con el fin de ahuyentar la suspicacia de los sectores más reticentes, insistía en que “la base del nuevo código prusiano es todavía tan romana” que “la mayoría de los materiales no los han suministrado Montesquieu, Rousseau y Mably sino Labeón y Capítón, Severo y los Antoninos”. Y ello no tanto (y no sólo) porque el núcleo originario y sustantivo del derecho romano, concebido o redactado por hombres de talante y formación filosófica en “el hermoso período de la República libre o en la edad dorada de la monarquía”, sea el valioso legado de una “nación ilustrada”, cuanto porque tras la recepción “sirve de sustrato a la constitución interna de Prusia en lo concerniente a los derechos privados”, y

---

24 “Allerhöchste Königliche Cabinets-Ordre, die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend”, en: *Corpus Juris Fridericianum. Erstes Buch. Von der Prozessordnung*, Berlin 1781, p. XI.

25 *Plan nach welchem bey Ausarbeitung des neuen Gesetzbuchs verfahren werden soll. Genehmigt durch Cabinets-Ordre Friedrichs II. vom 27. Juli 1780*, reproducido como apéndice por: H. Hattenhauer, “Das ALR im Widerstreit der Politik”, en: D. Merten/W. Schreckenberger (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute*, o.c., p. 51. En la Nota Preliminar del primer volumen del *Entwurf*, publicado en marzo de 1784, el Canciller von Carmer recordaba de nuevo que la base del código general es el *Corpus Iuris* de Justiniano (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten. Erster Theil*, Berlin/Leipzig: Decker 1784, p. 5).

se ha fundido con ella y configurado de tal manera las costumbres ancestrales, que realmente ya no existe “un derecho romano puro” sino sólo el que sigue teniendo vigencia en los países del reino y está determinado por el uso de los tribunales<sup>26</sup>.

De hecho, se tomó como punto de partida del proceso codificador el resumen inicial del *Corpus Juris Civilis* encargado a F.N. Volkmar y sobre esta base se confeccionó el *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten* (1784-1788), cuya estructuración en dos partes principales, el Derecho Personal (*Personenrecht*) y el Derecho Real (*Sachenrecht*), respetaba formalmente el orden típico de las materias en el cuerpo jurídico justinianeo (*personae-res-actioes*)<sup>27</sup>. Sin embargo, la adopción inicial de esta

---

26 [C.G.Svarez], “Kurze Nachricht von dem neuen Preussischen Gesetzbuche und von dem Verfahren bey der Ausarbeitung desselben”, *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelahrtheit in den preussischen Staaten* 8 (1791), pp. XXIV-XXVII [Véase nuestro Apéndice de textos, donde se halla traducido]. Cf. *Vorträge*, 597, 598, 600; el *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 102, 111; las Observaciones críticas de Svarez al primer borrador del *Entwurf* presentado por E.F.Klein, contenidas en una carta destinada a éste del 18 de agosto de 1781, así como la *Promemoria* de finales de 1782 sobre la legislación (ambas en: Stölzel, 231 y 224-25 respectivamente); y la carta a De Villeneuve del 12 de abril de 1785 (en: Stölzel, 159). De manera similar se pronuncian el canciller von Carmer en carta a von Danckelmann del 3 de agosto de 1793, en: Stölzel, o.c., 375-76; y Ch. Gossler, “Kurze Geschichte des bisherigen gemeinen Rechts in den Preussischen Staaten (Aus der Einleitung zu den Vorlesungen über das allgemeine Gesetzbuchs)”, *Berlinische Monatsschrift* 21 (Abril 1793), p. 336.

27 El plan inicial de 1780 contemplaba -como es sabido- la codificación de los tres ámbitos jurídicos tipificados por la tradición romanística, puesto que junto al “derecho material” o propiamente civil (*Personenrecht* y *Sachenrecht*) debía también legislarse sobre el “derecho formal” o procesal (*Prozessrecht*). Pero dado que en 1781 se había codificado por separado este último a través de una *Prozess-Ordnung* provisional, sólo restaba por someter al nuevo proceso de legislación civil que se inicia con el *Entwurf* los otros dos ámbitos jurídicos del *ius commune*: los relativos a las “personas” y a las “cosas”. Ahora bien, en el plan inicial del *Entwurf* en 1784 se preveía una tercera parte dedicada a “aquellas verdades jurídicas que no pertenecen ni al Derecho personal ni al Derecho real, sino a ambos en común” (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs*, o.c., Erster Theil, p. 14), pero esta parte acabó siendo reducida a una tercera sección del *Sachenrecht* publicada en junio de 1788. Esta tercera parte o sección final de la segunda parte del *Entwurf* se ha relacionado con el *Obligatenrecht* de Darjes en sus *Institutiones iurisprudentiae privatae romano-germanicae* (1748) y en ello se ha querido ver, no obstante, un indicio claro de la afirmación de la sistemática iusnaturalista del jurista de Frankfurt am Oder sobre la romanística ya desde el comienzo de los trabajos de codificación. Sobre este punto v. A. Stölzel, *Carl Gottlieb Svarez*, o.c., 65-66, y W. Wagner, “Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts

estructura romanística fue sólo una medida de precaución política para no agravar la resistencia estamental, como lo prueba el hecho de que en el definitivo *ALR* se impusiera la sistemática iusnaturalista, postwolffiana, del *ius civile*, arraigada en la mente de Svarez y Klein desde el comienzo del proceso codificador, la cual establecía la soberanía absoluta del monarca sobre los estamentos feudales a través de la precedencia estructural del *Sachenrecht*, el cual definía sólo la “personalidad civil” o mera *capacidad* jurídico-privada del ciudadano en general, sobre el *Personenrecht*, que la concretaba realmente en las diferentes “personas civiles”, artificiales del Estado en las que ahora se transformaban las “sociedades menores” características del viejo orden estamental<sup>28</sup>. Aun con esta modificación de alcance político sustantivo, las instituciones del derecho común se convertían, no obstante, en la materia jurídico-privada más importante del código, y de esta manera el mundo feudal y los intereses de la nobleza hallaban en él su expresión póstuma –como bien ha entrevisto cierta historiografía de inspiración marxista<sup>29</sup>–, si bien ya claramente al servicio de la empresa común del Estado.

---

und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten”, en: H. Coing / W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, Frankfurt a.M.: V.Klostermann 1974, espec. pp. 123-126.

Por su parte, A. Schwennicke, *Die Entstehung der Einleitung*, o.c., 63-65 ha destacado el empleo casi exclusivo de literatura del derecho común por parte de los legisladores en la confección del código, concretamente en lo concerniente al derecho civil o privado. Sobre la presencia del derecho romano recibido en el *ALR* v. el trabajo reciente de P. Krause, “Das gemeine Recht und seine Kodifikation durch das Allgemeine Landrecht”, en: J. Wolff (Hrsg.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht*, o.c., 69-96.

28 Esta precedencia del *Sachenrecht* sobre el *Personenrecht* era señalada abiertamente en 1791 por Svarez, “Kurze Nachricht”, o.c., p. XXXVI, como una consecuencia inevitable del orden lógico-deductivo de las materias, que debía ir de lo general a lo particular, si bien no se aplicaría aún –como él anunciaba allí– al *AGB* sino al *ALR*. Sobre esta imposición final de la sistemática iusnaturalista en la codificación prusiana v. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., pp. 227-28 y M. Hernández Marcos / D. Canale, “Iusnaturalismo prusiano y codificación prusiana. Notas de discusión”, *Res Publica* 11-12 (2003), pp. 195-222, aquí pp. 210 y 220-22. Acerca del significado lógico-deductivo del iusnaturalismo prusiano puede verse C. Peterson, “Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 21 (1992), pp. 7-35.

29 Cf. H.-J. Heuer, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf. Die Auseinandersetzung um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts am Ende des Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems*, Berlin: VEB 1960, p. 98 ss., 115.

Aunque soporte fundamental de los derechos y deberes civiles del *ALR*, el derecho romano recibido no podía, sin embargo, asumirse en su integridad ni tampoco adoptarse como la única fuente jurídica, so pena de perpetuar el caos normativo que se pretendía corregir. Además de ordenar tan enmarañada e incoherente herencia de decisiones, doctrinas y normas positivas, era preciso, por un lado, someterla a un trabajo de purificación, aclaración y simplificación, eliminando formalidades y sutilezas inútiles, vivero de triquiñuelas y refugio de la pleitomanía, decidiendo con fuerza de ley disputas jurídicas y lugares indeterminados o dudosos, sujetos al laberinto de las interpretaciones, y desterrando todos aquellos “preceptos basados en sentencias de la filosofía estoica o en la constitución política de Roma”, especialmente de su fase despótica, así como cualesquiera disposiciones que no se ajustasen a la época, a las costumbres y al ordenamiento civil de los Estados prusianos. Mas, por otro lado, este acrisolado material jurídico debía completarse incorporando los derechos extranjeros recibidos, particularmente germánicos, y las leyes territoriales de carácter general, e introduciendo nuevas leyes sólo allí donde las antiguas resultaran ya anacrónicas, o en los casos de vacío legal en materias como el Derecho Mercantil y Marítimo o el sistema gremial (y otros componentes de la estructura estamental), completamente desconocidas para los romanos o que habían experimentado un cambio considerable en los tiempos modernos, y de las cuales la reglamentación disponible, amén de dispersa, era del todo insuficiente<sup>30</sup>.

Llama sobremanera la atención –sello de la orientación ilustrada de los legisladores– el hecho de que el hilo conductor en esta labor de acrisolamiento y compleción del derecho romano recibido, también el que impulsara a aceptar lo esencial de este como punto de partida material de la codificación, haya sido el doble recurso a la concordancia paralela con la “sana razón” y la “equidad natural”, por una parte, y con las costumbres y la “constitución del país”, por la otra. A la luz de este criterio percibimos nítidamente la ya aludida imbricación entre *derecho natural* y *derecho germánico* con la que la empresa legislativa prusiana se desvincula de la tradición racionalista del iusnaturalismo y de sus aspiraciones a un código ideal de leyes universales y necesarias, desactiva toda intención revolucionaria, y se limita simplemente a limar asperezas en el (des)orden jurídico establecido con el cetro iluminador de la ley, la voz natural del

---

30 Cf. “Kurze Nachricht...”, pp. XXVI-XXXI [Véase nuestro Apéndice de textos]; *Vorträge*, 601-02; *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 111-13, y las citadas observaciones críticas de Svarez al primer borrador de Klein en: Stölzel, o.c., 231.

juicio y el uso lógico de la razón. En última instancia, la adopción del derecho romano recibido, en tanto que estructura normativa de la vida civil prusiana, como base del nuevo código se debía a que los principios rectores de este no se plegaban al propósito de “acomodar las cosas a la teoría” del derecho natural sino “la teoría a la naturaleza e índole de las cosas”, y, por ende, no se trataba de “inventar nuevas leyes sino de *corregir* las existentes”<sup>31</sup>. Esta preferencia de una “*reforma*” sabia y prudente al “fanatismo filosófico” de las “revoluciones”, “también en el ámbito de la legislación”<sup>32</sup>, era justificada por Svarez, ya en marzo de 1784, con las siguientes palabras:

“Una nación que sale por primera vez del estado salvaje o se halla aún en un nivel muy bajo de la cultura, necesita sólo pocas leyes, simples y breves. [...] El Estado emergente tiene en su mano una materia bruta, a la que puede dar la forma que le plazca según los objetivos que se haya propuesto. Así procedieron y pudieron proceder aquellos grandes legisladores de la antigüedad; y en una situación semejante puede hacerse un uso inmejorable de las teorías de la legislación sagaces, radicales y brillantes que nos han proporcionado algunos de nuestros escritores.

Algo completamente distinto ocurre con un Estado como el prusiano, que ya se encuentra en un nivel muy elevado de la cultura, [...] que desde siglos está ya gobernado por leyes en las cuales descansa toda la existencia política y civil de sus diferentes clases de habitantes, y según las cuales están ya exactamente determinados la situación y los derechos subsiguientes de cada ciudadano, y que han añadido a todas las acciones de la vida civil ciertos efectos y consecuencias no meramente pasajeras sino con frecuencia permanentes y extendidas más allá de varias generaciones. En tales circunstancias una legislación enteramente nueva, derivada de la idea del contrato social de aquellas teorías filosóficas, engendraría las revoluciones más nocivas y peligrosas. En las circunstancias personales, de felicidad y patrimonio de los habitantes surgiría confusión, incertidumbre y subversión total. Las relaciones de nuestro Estado con sus vecinos, a los que no podemos obligar a acomodarse a nosotros en sus leyes, usos y costumbres, tomarían una figura absolutamente cambiada. En suma, todo se precipitaría en una agitación universal. [...] De ahí que una legislación para nuestro país deba asumir el Estado, las sociedades civiles y familiares, los miembros particulares de las mismas, los negocios corrientes entre ellos, sus costumbres, usos y hábitos, los fines del gobierno, sus relaciones con los Estados extranjeros tal como existen actualmente”.<sup>33</sup>

31 *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, p. 111. Cf. “Kurze Nachricht...”, XXIV.

32 “Kurze Nachricht...”, p. XXVI. Cf. el tratado introductorio del Título sobre el campesinado, elaborado por Svarez antes de 1785 (en: Schwennicke, o.c., 442).

33 *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 108-111. Cf. “Kurze Nachricht...”, XXV, así como las Observaciones críticas de Svarez al borrador del Proyecto de Klein y la carta a De Ville-neuve (12.4.1785), ambas en: Stölzel, o.c., pp. 231 y 159 respectivamente.



Escudándose en la tónica lingüística del iusnaturalismo, Svarez aduce aquí la distinción entre “estado de naturaleza” salvaje y “estado civil” de la cultura, entre la situación de un “Estado emergente por primera vez” y la de “uno ya constituido”, sin duda para disuadir al público de cualquier intento de asimilar el proyecto legislativo prusiano al caso, ciertamente comprensible, de la Revolución Americana, como años después, en la “Kurze Nachricht...” de 1791, lo haría con respecto a la Revolución Francesa, cumplimiento inequívoco de aquella temida “agitación universal”, subversora del orden civil existente, que el jurista silesio quería evitar a toda costa. Pero a la vez con ello trataba de dejar claro que su filiación iusnaturalista, por lo mismo que propugnaba la prudencia política de una reforma esencialmente conservadora del *status quo* jurídico-privado frente al “golpe de varita mágica” de la revolución, nada debía a la tradición liberal-democrática del iusnaturalismo de un Locke, Rousseau, Mably o Kant, que elevaba el contrato civil de la razón a clave de bóveda del nuevo orden jurídico. Frente a este Derecho Natural universalista, que se les antojaba abstracto y especulativo, producto más del “fanatismo filosófico” que del “conocimiento del mundo y de la vida”, los redactores del *ALR* se acogieron más bien a “la idea de un *Derecho Natural particular*”<sup>34</sup>, que supuestamente subyacía, cual intuición jurídica de un pueblo o ideal específico de perfección, a la base de las propias costumbres y organización física, política y jurídica, y que cabía reconstruir como una especie de “Introducción a la teoría del derecho positivo” que contuviese, en este caso, “los conceptos y principios sacados fundamentalmente del código mismo”<sup>35</sup>. La invocación de la “sana razón”, la “equidad natural” o “la naturaleza de las cosas” como criterios de asunción, depuración y complementación del derecho romano recibido constituía, pues, el expediente argumentativo para crear una legislación según las más prístinas convicciones germánicas, asimiladas por los súbditos prusianos desde la más tierna juventud.

Esta singular adaptación conservadora del derecho natural ilustrado, calificada por Hans Thieme como “*iusnaturalismo empirista*”<sup>36</sup>, era, por lo

34 H. Thieme, “Die preussische Kodifikation...”, o.c., p. 382. En el mismo sentido se pronuncia H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen*, o.c., p. 10-11.

35 Así lo sugerían von Carmer y Svarez al bosquejar el plan de un tratado para la enseñanza universitaria de la nueva legislación en la Observación Preliminar (*Vorerinnerung*) del último volumen del *Entwurf* (15.6.1788). El texto se halla reproducido, en castellano, en M. Hernández Marcos, “Conocimiento racional e historia...”, o.c., p. 175. Sobre este punto v. H. Thieme, o.c., 381 y Stölzel, o.c., 270-71.

36 H. Thieme, “Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Stu-



demás, el precipitado sincrético de la confluencia en el último tercio del siglo XVIII en Alemania de la decantación *metodológica* del iusnaturalismo postwolffiano con la interpretación *historicista* del pensamiento sociológico de Montesquieu, que el progresivo desmoronamiento de las bases ontológicas del compacto sistema de Wolff entre sus discípulos había facilitado. En autores como J.G. Darjes (1714-1791) y D. Nettelblatt (1719-1791), maestros de Svarez y Klein en Frankfurt am Oder y Halle respectivamente, el Derecho Natural abandona, en efecto, la carga lógico-sustancialista que tenía en Wolff como sistema *a priori* fijo y completo de proposiciones derivables, y tiende a ser, en calidad de propedéutica universal o introducción filosófica, la doctrina de la aprehensión del derecho positivo en conceptos generales, e incluso –así en el último Nettelblatt– pierde ya su aureola universalista ante la evidencia de la “naturaleza histórica de las cosas”<sup>37</sup>. De este modo podía abrirse paso entre los lentos estertores del wolffismo aquel pensamiento de un derecho natural histórico de carácter nacional que cabía extraer de la célebre obra *De l'esprit des lois* (1748) de Montesquieu. Allí el autor francés sustituía, en efecto, la idea de un derecho racional de la humanidad por la de los derechos de cada pueblo, ya que la razón humana, aplicada a la diversidad físico-geográfica, histórica y social de cada país, genera sistemas jurídicos nacionales diferentes, de tal manera que “sólo por azar las leyes de una nación pueden convenir a las de otra”<sup>38</sup>. Este planteamiento convergía en el tiempo con el del propio rey Federico II, quien en 1749 había concluido de su repaso histórico del derecho ante la Academia Prusiana que los principios rectores de toda labor legislativa perdurable han sido y habrán de ser siempre la adecuación de las leyes a “la forma de gobierno y al espíritu de la nación” a la que se destinan, así como la consideración del “bien común” y la “equidad natural”<sup>39</sup>. Esta concepción, más elaborada y difundida a través de la así llamada “Jurisprudencia

---

die”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA)* 56 (1936), 202-261, aquí p. 216. Sobre el sentido metodológico, histórico y prudencial de este “derecho natural particular” en la codificación prusiana, véanse más por extenso nuestros dos trabajos citados: “Conoscenza rationale e storia...”, pp. 45 ss. [“Conocimiento racional e historia”, p. 174 ss.] y “Carl Gottlieb Svarez y la disolución del Derecho Natural en Alemania”, p. 289 ss.

37 Cf. W. Neusüss, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlín: Duncker & Humblot, 1970, p. 51 ss.

38 Ch. S., Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona 1984, vol. I, Lib. I, cap. 3, p. 35. Cf. Tarello, o.c., p. 259.

39 Friedrich der Grosse, *Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen*, en: *Die Werke Friedrichs des Grossen*, vol. 8, Berlin 1913, p. 30; cf. p. 22.

pragmática” del círculo de Göttingen (Schlözer, Spittler, Reitemeier, Pütter, Runde...), conduciría a finales del siglo a esa unidad metodológica entre historia y filosofía que en autores como A.Fr.J. Thibaut, P.J.A. Feuerbach o A.D. Weber convertiría el iusnaturalismo en un modo de pensar jurídico-racional sobre cuestiones empíricas particulares y en *ratio* crítica del derecho positivo<sup>40</sup>; pero encontraría asimismo su aplicación más visible en Prusia como *teoría de la legislación* de la mano de Svarez al ser reducido, en el proceso de codificación, a simple *método* de reflexión, comprensión y ordenación racionales de las acciones e instituciones jurídicas vigentes.

Lejos, pues, de tender a la creación *ex nihilo* de un código universal de la razón, que pudiera asociarse con las ideas de la Revolución Francesa, tal como (mal)interpretase, entre la confusión y el entusiasmo, la publicidad literaria del momento para mayor congratulación de la resistencia reaccionaria y demora del texto legislativo mismo<sup>41</sup>, el destino ilustrado de la codificación prusiana estuvo marcado por ese reformismo, políticamente responsable pero jurídicamente conservador, en el que se resolvió el “iusnaturalismo empírico” o empirista inspirador de su prolongada elaboración. Esta doctrina filosófica facilitó a los legisladores, por un lado, la exclusión del Derecho Natural (liberal-democrático) como fuente material primaria y prioritaria de unos derechos forjados *a priori* por la razón –los llamados “derechos del hombre”– que a lo largo del siglo XIX irían plasmándose en las diversas Cartas Constitucionales y códigos civiles, para reducirlo, en calidad de fuente jurídica subsidiaria, a método racional de complementación o suplección del derecho positivo y a guía de enjuiciamiento meramente *cognoscitivo* de la validez de este, a sabiendas, no obstante, de que, por otro lado, el criterio iusnaturalista de racionalidad y validez *prácticas* lo suministraba aquí, además del principio formal de la claridad lógica, la adecuación material a la facticidad normativa concreta del *status quo*. Si el *ALR* de 1794 perpetuaba las desigualdades jurídicas de la vieja sociedad feudal, no era sólo por la comprensible cautela que debe acompañar a todo proyecto de Estado; también tuvo en ello su protagonismo ese Derecho Natural histórico que renunciaba a los ideales de la razón jurídica universal, porque en último término asumía el derecho positivo como el *factum* material de su reflexión teórica, en vez de acreditarse él mismo como principio regulativo e instancia normativo-práctica generadora y legitimadora de toda posible legislación civil.

40 Cf. Thieme, “Die Zeit...”, p. 211-19, 230-41.

41 En este punto coincidieron las dos reseñas más significativas, anónimas ambas, del *AGB* de 1791. Véase p. 35, nota 18.

#### 4.2. *Subsuncción automática y razonamiento judicial. El problema de la interpretación de las leyes*

La desconfianza en los jueces de cara a la *quaestio iuris*, compensada por las atribuciones autoritarias de que disfrutaron en la *quaestio facti*, confluyó con el firme propósito de la Ilustración oficial prusiana de establecer en el Estado un dominio absoluto de la ley, para dispensar en el nuevo código un tratamiento severo a la interpretación judicial. El doble objetivo de conseguir una subordinación estricta de los magistrados al texto legal y de sustraerles toda creación jurídica en favor de la potestad soberana del legislador se tradujo inicialmente en la prohibición, por un lado, de toda interpretación “doctrinal” que trascendiera la escueta literalidad de la ley expresa, y, por otro lado, en la admisión, en su caso, de la validez exclusiva de la interpretación “auténtica”<sup>42</sup>. En los §§ 34-35 de la Introducción del *Entwurf* de 1784 alcanzó esta tendencia su momento extremo, aquel en el que la doctrina de la voluntad del legislador se impuso por obra de la burocracia prusiana enteramente en este asunto. Posteriormente, tanto en la Introducción del *AGB* (§§ 50-54) como en la del *ALR* (§ 46-50), este planteamiento cedió en su radicalidad ante la presión de los *monita* recibidos y de la opinión pública, hasta quedar inmediata, definitivamente superado con el cambio de siglo, en consonancia con la evolución histórica del tema en Europa y demás países germánicos. A tan apresurado final contribuyó en buena parte la repentina advertencia de una

---

42 Se llamaba interpretación “doctrinal” a la que hacían los juristas o teóricos del derecho, mientras que por interpretación “auténtica” se tenía en el siglo XVIII solamente a aquella que emitía el poder legislativo encarnado en el monarca absoluto. La expresión *interpretatio authentica*, empleada en este sentido ya por Hobbes (*Leviatán*, Madrid: Editora Nacional, 1980, cap. XXVI, p. 356), fue desplazando durante la centuria dieciochesca en los territorios prusianos al término *interpretatio legalis*, con el que aún se equiparaba en el siglo XVII, y que incluía asimismo la *interpretatio usualis* (jurisprudencia de los tribunales basada en la costumbre). Ello significa que sólo con el afianzamiento de la monarquía absoluta en Brandenburg-Preussen a comienzos de siglo en detrimento de los estamentos, la interpretación auténtica se convirtió en un “derecho de majestad” ligado a la *potestas legislatoria* del rey. Así se contemplaba ya por primera vez en la *Allgemeine Ordnung, die Verbesserung des Justizwesens betreffend* del 21 de mayo de 1713, art.56. Cf. Schwennicke, o.c., 275-76. Sobre este tema v. el monográfico de B. Droste-Lehnen, *Die authentische Interpretation*, Baden-Baden 1990, espec. pp. 45-63 (para el caso de la codificación prusiana), y pp. 124-130, 170-74 (para el tema de la interpretación auténtica en el XVIII).

paradoja, cuño inequívoco del absolutismo ilustrado también en este punto, a saber: que al juez se le permitía razonar ante el defecto *de ley*, pero debía, no obstante, obedecer en el caso de un defecto de *la ley*.

A continuación, a manera de historia de la formación de los §§ 46-51 de la Introducción del *Allgemeines Landrecht* de 1794, se exponen las vicisitudes, teóricas y fácticas, de esa concepción ilustrada de la interpretación de las leyes a través de las tres ideas que la vertebran. En primer lugar se examina el pretendido canon de la *interpretación literal*; la modificación experimentada por el § 34 de la Introducción del *Entwurf* en los párrafos correlativos del *AGB* (Introducción § 50) y del *ALR* (Introducción § 46) nos muestra el relativo fracaso de aquella norma genérica, que era ampliada hasta acoger en su seno la “interpretación lógica”. En segundo lugar se despeja el debatido encarecimiento de la *interpretación auténtica* en el *casus dubius* y del recurso a la Comisión Legislativa, su institución gestora (*Entwurf*, Introducción, § 35). El mantenimiento inalterable de este requisito a pesar de las críticas, tanto en el *AGB* (Introd. §§ 51-52) como en el *ALR* (Introd. §§ 47-48), pone de relieve hasta qué punto se trataba de un instrumento de control patriarcal de la creación jurídica no estrictamente legislativa por parte de la alta burocracia del Estado prusiano, y en qué medida los autores del Código no suscribían una defensa incondicionada de la independencia de la justicia, conforme a la doctrina de la división de poderes. En tercer lugar se estudia la sorprendente autorización del *razonamiento judicial* en caso de vacío legal; su licitud –ni siquiera planteada en el *Entwurf*, prevista excepcionalmente en el *AGB* (Introducción § 53) y en el *ALR* (Introd. § 49)–, por lo mismo que venía a satisfacer el imperativo de compleción que el código positivo, muy a pesar suyo, no podía cumplir, implicaba la aceptación de un doble ordenamiento jurídico que ponía en entredicho el modelo de la interpretación literal así como la complementaria insistencia en la interpretación auténtica de la *Gesetzkommission*. De ahí que, por último, la Orden de Gabinete del 8 de marzo de 1798, al suprimir esta polémica institución y derogar los §§ 47-48 de la Introducción del *ALR*, sancionara legalmente el fracaso de una concepción de la interpretación de las leyes que, por otra parte, apenas aplicada por los tribunales, fracasaba ya entonces en la praxis judicial.

#### a) *Interpretación gramatical, interpretación lógica*

El § 34 de la Introducción del *Entwurf* de 1784 plasmaba la animadversión

ilustrada de los legisladores a la ciencia jurídica de los doctores, juriscultores y *auctoritates* en general, al desautorizar toda clase de *interpretatio doctrinalis* que no se atuviese a la regla del seguimiento *literal* de las leyes:

“Al juez, en la decisión de casos litigiosos, no le está permitido atribuir a las leyes otro sentido que el que está claramente determinado por las palabras, el contexto y el objeto de la ley”<sup>43</sup>.

Con antecedentes ya en el *Project* de 1749 y de conformidad con la prohibición de interpretar las leyes, “extenderlas o limitarlas”, fijada por la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780<sup>44</sup>, este precepto del *Entwurf* se dirigía realmente contra lo omitido: la “interpretación lógica”, o sea, la invocación judicial del “espíritu” o “fundamento de la ley” -en el siglo XVIII, la intención del legislador-, para corregir (*extensio* o *restrictio*) el texto positivo, tan difundida entonces como criticada por los ilustrados, quienes veían en ella la causa de muchas controversias jurídicas y, sobre todo, el peligro de la arbitrariedad y el despotismo judiciales. El verdadero motivo, empero, de su proscripción debió residir más bien en que el recurso a la *ratio legis* se asemejaba mucho a una *creación* jurídica en la que además el juez suplantaba al legislador, puesto que se atrevía a adivinar lo que este había *querido* decir, a erigirse en ese “intérprete del *enunciante*”, más que del enunciado, en que consistía la *interpretatio logica* en el horizonte teórico del absolutismo ilustrado<sup>45</sup>. A salvo de toda posible usurpación de la intención subjetiva del legislador, la *interpretación gramatical* de la ley contemplada en el *Entwurf*, esto es, la atención exclusiva del juez a los *verba legum* y a su contexto lingüístico, aseguraba, en cambio, sólo el conocimiento de lo que la voluntad soberana había expresado objetivamente, y este carácter estrictamente *cognoscitivo* –casi

43 *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Berlin/Leipzig: Decker, 1784, vol.1, 1.Theil, Einleitung, § 34.

44 *CJF*, p. XIV. Cf. *Project des Corporis Iuris Fridericianum*, 1749, I, Lib.I, Tit. 2, § 7 y § 10. Para este tema v. sobre todo P. S. Coderch, “El ‘casus dubius’ en los códigos de la Ilustración germánica”, o.c., pp. 393-445, y “Die logische Auslegung”, en: H. Hattenhauer/G. Landwehr (eds.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806. Rechtshistorisches Kolloquium 11.-13.Juni 1987 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Heidelberg 1988, p. 245-257; A. Schwennicke, o.c., 271-295, y R. Ogorek, *Richterkönig*, o.c., 49 ss. y 102 ss.

45 Así ya en G.W. Leibniz, “De la interpretación, fundamentos, aplicación y sistemática de las leyes”, en: *Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 142, donde se distingue entre interpretación de los *dicti* [interpretación literal] e interpretación de la *sententia verbarum* [interpretación lógica].

una mera aplicación sin interpretación, como quería Beccaria— la acreditaba precisamente como el único tipo de *interpretatio doctrinalis* tolerable.

La dureza restrictiva del § 34 no concitó, empero, la resistencia de los tribunales de justicia. En la observación marginal a uno de los escasos *monita* recibidos Feinrich Dietrich von Grolmann, colaborador de Svarez en la *Revisio Monitorum*, propuso, sin embargo, incluir las reglas de la interpretación usuales en la tradición del derecho común. Las reticencias de Svarez a lo que significaba una ampliación del poder judicial a costa de la *Gesetzkommission*, quedaron disipadas sólo a última hora, con la publicación de las *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere* (1789) por el insigne J.G. Schlosser, quien, menos partidario de la codificación que de medidas administrativas de selección y control de los jueces, defendía la facultad de estos para acudir al “fundamento más inmediato de la ley”<sup>46</sup> en los casos de duda, concreción excesiva, antinomia o laguna legal. A pesar de la reacción airada de E.F. Klein<sup>47</sup>, su objeción, menoscabando el propósito inicial de los legisladores en el *Entwurf*, lograba hacerse sitio en el § 50 de la Introducción del *AGB* de 1791, reproducido luego en los mismos términos como § 46 de la Introducción del *ALR*:

“En las decisiones de los casos jurídicos litigiosos al juez no le está permitido atribuir a las leyes otro sentido que el que se desprende claramente de las palabras y de su contexto en relación con el objeto litigioso, o del fundamento más inmediato e indudable de la ley”.

---

46 J.G. Schlosser, *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere*, Frankfurt am Main 1789, p. 211. En la Tercera Carta, pp. 198-211, Schlosser, en polémica con el cap. 4 de la célebre obra de Beccaria y con el susodicho § 34 del *Entwurf* simultáneamente, denuncia la humillante desconfianza en los jueces que supone semejante restricción en su oficio a la letra de la ley, fustiga este canon literalista como fuente de más sofistería y abusos procesales de los que pretende evitar, y defiende, en su lugar, la interpretación lógica del juez como forma ilustrada de hacer uso de su entendimiento, así como una ‘sabia cautela’ en la selección de los magistrados y un control equitativo de los mismos para prevenir los posibles excesos.

47 E.F. Klein, “Nachricht von den Schlosserschen Briefen über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere, welche zu Frankfurt am Main in Fleischerschen Verlage, im Jahr 1789, erschienen sind”, en: *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* 4 (1789), 326-390 [reimpresión en J.G. Schlosser, *Fünfter Brief über den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main 1790, p. 7-99]. Sobre la controversia Schlosser-Klein v. especialmente R. Ogorek, o.c., p. 71 ss.

Asumiendo junto al canon de la interpretación literal, matizada ahora hasta incluir el contexto extralingüístico del caso litigioso, la regla de la interpretación *lógica*, el código difícilmente podía garantizar ya el carácter cognoscitivo de la *interpretatio* del juez. Pues el recurso al espíritu o *ratio legis* tenía que entenderse como un acto de creación jurídica o un caso de *interpretatio authentica* y, por tanto, como una competencia exclusiva del príncipe soberano<sup>48</sup>, mientras siguiera concibiéndose en la clave subjetiva de la doctrina dieciochesca de la voluntad del legislador, y no en los términos objetivos de la intención formalmente expresada en el texto a través de los principios en los que la legislación se basa, tal como acabaría imponiéndose desde comienzos del siglo XIX en el marco político del parlamentarismo<sup>49</sup>. La entrada *in extremis* de la interpretación lógica en el *ALR* puede resultarnos comprensible, por consiguiente, sólo si la leemos o bien como señal de un deterioro –diez años después definitivo– de esa concepción absolutista que fomentó el sueño de la aplicación meramente mecánica de la ley, o bien como indicio de una paradoja interna que redundaba en un aumento no deseado de las prerrogativas hermenéuticas del juez. Este parecía ser más bien el caso aún en 1791 y 1794, puesto que tanto el *AGB* como el *ALR* mantenían incólume la apelación obligatoria a la *interpretatio authentica* ante el *casus dubius* prevista en el § 35 de la Introducción del *Entwurf*.

b) *El “casus dubius” y la interpretación auténtica. Comisión Legislativa adversus autonomía de la justicia*

Una regla literalista, incluso complementada con la ayuda del “espíritu de la ley”, no certifica la supresión del *casus dubius*, *experimentum crucis* de los legisladores ilustrados, sobre todo si se tiene en cuenta que la duda es una cuestión más pragmática que semántica. Así lo entendía al menos el legislador prusiano ya en el § 35 de la Introducción del *Entwurf*, al emplear

---

48 Así, p. e., K.S. Zachariä, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts*, Meissen 1805, p. 161 ss., 318; y K.F. von Savigny, *Metodología jurídica* (1802), Buenos Aires 1979, p. 12, 41-42, y *Sistema del derecho romano actual* (1840), Madrid 1924, I, § 32 y § 50, quien rechaza por ello toda interpretación lógica, en tanto que interpretación auténtica, en favor de la sola “interpretación doctrinal”, meramente cognoscitiva. De forma análoga Franz Schoemann, *Handbuch des Civilrechts*, I, Giessen und Wetzlar 1806, p. 79 ss. veía precisamente en la *interpretatio logica* la irrupción del arbitrio especulativo e ilegítimo del juez.

49 Cf. H. Conrad, *Richter und Gesetz*, o.c., p. 21-22.



en vez de la fórmula “si el sentido de la ley es [objetivamente] dudoso” esta otra:

“si el juez encuentra dudoso el sentido de la ley, debe pedir la aclaración de la Comisión Legislativa antes de redactar el juicio”<sup>50</sup>.

Este párrafo, resultado de encendidos debates internos, ahuyentaba todo posible arbitrio judicial en la resolución de los casos de duda u oscuridad de la ley, imponiendo la interpretación auténtica por medio del precepto de obligada consulta a la Comisión Legislativa, en la cual el soberano supuestamente delegaba su voluntad. Esta medida desarrollaba simplemente una de las intenciones de la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780, la cual con el anuncio de crear una *Gesetzcommission* con ese fin<sup>51</sup> había convertido por primera vez en un deber la posibilidad, abierta ya por el *Project* de 1749, de remitir el *casus dubius* al Departamento de Justicia<sup>52</sup>. De esta manera alcanzaba su momento culminante una práctica en ascenso a lo largo del siglo XVIII, y con ella se sancionaba asimismo el retroceso definitivo, al ritmo de la concentración monárquica de la autoridad, de la jurisprudencia de los antecedentes en favor de la interpretación auténtica como un monopolio regio ligado estrechamente a los casos de duda en el texto legal<sup>53</sup>. Semejante res-

---

50 *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Berlin/Leipzig : Decker, 1784, vol.1, 1.Theil, Einleitung § 35. Cf. *Prozess-Ordnung von 1781*, I, Tit. 13, §§ 7-9.

51 Inspirada en una serie de propuestas hechas en este sentido por parte de la literatura dieciochesca (Wolff, Ludewig, Claproth, Schlosser, etc.), la *Gesetzkommission* no fue sólo, aunque sí principalmente, el órgano oficial de la interpretación auténtica. Según el § 9 de la *Patente* de su fundación del 29 de mayo de 1781, debía cumplir tres funciones: 1) decidir las cuestiones jurídicas dudosas planteadas por los colegios de justicia (*interpretación auténtica*); 2) practicar las inspecciones periódicas (*Visitationes*) a los tribunales (*vigilancia administrativa de la justicia*), y 3) elevar propuestas de leyes nuevas o de corrección de las antiguas al monarca soberano (mero *asesoramiento legislativo*) (Cf. “Errichtungspatent für die Gesetz-Kommission vom 29. Mai 1781”).

52 *Project des Corporis Juris Fridericiani*, I, 1749, Tit.2, § 8. Ya el *Landrecht* prusiano de 1721 contemplaba la posibilidad de que los colegios de justicia remitiesen al monarca los casos no decididos en el Derecho Territorial con las “*rationes dubitandi et decidendi*”. Cf. Schwennicke, o.c., 278-79.

53 Schwennicke, o.c., p. 274 recuerda que en los dos borradores de Svarez previos a las correcciones del Canciller von Carmer (Introducción § 14 y § 27 respectivamente) se contemplaba la consulta a la Comisión Legislativa también en el caso de *vacío legal*, y no sólo



tricción al *casus dubius* del recurso al legislador tenía su razón de ser en el hecho de que sólo allí donde el soberano absoluto había manifestado expresamente su voluntad, aun cuando fuera de modo defectuoso, podía plantearse la interpretación como una lesión de su derecho supremo de majestad, de no ser ejercida por el legislador mismo.

La reacción del público al § 35 de la Introducción del *Entwurf*, no por poco masiva fue, sin embargo, menos virulenta. Todas las críticas apuntaban a la intervención de la Comisión Legislativa, un organismo mal visto desde su fundación por los sectores hostiles al círculo silesio del Canciller von Carmer. En la línea de lo ya denunciado por Ch.L. von Rebeur en 1783<sup>54</sup>, el jurista L. Fenderlin objetó que la consulta a la *Gesetzkommission* antes de redactar el juicio constituía una violación del principio de la división de poderes tal que despojaba al juez de su función esencial, y que la decisión de la Comisión Legislativa, en la medida en que se emitía con posterioridad a las acciones en litigio, no era “una regla sino una sentencia de autoridad (*Machtspruch*)”. Abundando aprobatoriamente en el mismo argumento, H. D. Grolmann, en el comentario marginal a este *monitum*, interpretaba la intervención de la *Gesetzkommission* como una ruptura de los compromisos del *Landtag* que obligaban al rey a no interferir en el curso ordinario de los tribunales, y vislumbraba con temor en la resolución irrevocable del órgano de la interpretación auténtica, sin apelación posible, interruptora de las instancias procesales, el deslizamiento subrepticio del despotismo ministerial y de la Justicia de Gabinete<sup>55</sup>. Si von Carmer y Svarez, en nombre de la división de poderes, reducida por ellos a simple delegación en el ejercicio de funciones del soberano único, instituían el recurso al legislador en el *casus dubius* para contener el arbitrio de los jueces y garantizar su subordinación a la ley, las voces que se alzaban contra aquella medida, invocaban a su vez el célebre principio de Montesquieu para salvar la independencia de la justicia, azotada durante el

---

en el *casus dubius*; una propuesta que, por otra parte, asumiría en Austria el *Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch* (1786), I, § 26 de José II (cf. Conrad, *Richter und Gesetz*, 13). La limitación de la interpretación auténtica al *casus dubius* se hallaba, sin embargo, ya en la *Allgemeine Ordnung* de 1713 y en la *Allgemeine Gerichtsordnung* austríaca de 1781, § 437.

54 Ch.L. von Rebeur, *Observation adressée à un Académicien de Berlin sur un passage relatif à la présente Réforme de Justice dans les États prussiens, contenue dans la Dissertation sur les Révolutions des États, etc. par M. de Hertzberg*, Leipzig 1783 [reproducido y revisado en la versión alemana de: *Über die preussische Justiz-Reform*, Hannover 1789, pp. 42-44].

55 V. al respecto Schwennicke, o.c., pp. 283-84.

siglo XVIII por la práctica ocasional pero amenazante de las “sentencias de autoridad” del monarca soberano<sup>56</sup>. Pues estas, en el marco del absolutismo ilustrado, no eran formalmente ilegítimas; se derivaban del derecho de *jurisdicción* suprema que el *ALR* y sus redactores admitían como una regalía, por más que estos, al mismo tiempo encareciesen la renuncia a tales injerencias arbitrarias del legislador con argumentos éticos, pragmáticos y iusnaturalistas<sup>57</sup>. El silencio de Svarez ante las objeciones al § 35 de la Introducción del *Entwurf* y la preservación a toda costa de la consulta a la Comisión Legislativa tanto en el *AGB* como en el *ALR* ponen de manifiesto no sólo que semejante disposición subvenía al deseo de los colaboradores de von Carmer de asegurarse un cauce institucional que, tras la publicación del Código, reservara a la alta burocracia prusiana la iniciativa en la creación jurídica en detrimento de la Jurisprudencia científica; también indican que no eran defensores incondicionales de la autonomía de la administración de justicia -no la reconocieron explícitamente como principio- en el sentido de Montesquieu<sup>58</sup>. No en vano

---

56 En la teoría del derecho político del XVII se denominó *Machtspruch* (“sentencia de autoridad”), por oposición a *Rechtsspruch* (“sentencia de un tribunal”), a toda intervención del monarca (o de una autoridad política en general) en la administración de justicia (aunque no exclusivamente), incluida la interpretación de leyes oscuras, en tanto que *sententia ex plenitude potestatis latae*, o sea, en tanto que considerada como un derecho de majestad. J.J. Moser, *Von denen Kayserlichen Regierungs-Rechten und Pflichten*, Frankfurt am Main 1772 I, p. 62 lo definía como “una aclaración, disposición o mandato de un gobernante, mediante el cual este decide una causa de modo extraordinario y además inusual”. Con el avanzar del siglo XVIII el término fue adquiriendo una connotación negativa, debido, por un lado, al ascenso social de los jueces y a la creciente autoconciencia de su tarea, y, por otro lado, a la progresiva desacreditación teórica de tales sentencias de autoridad por parte de filósofos ilustrados como Montesquieu o Voltaire. De ahí la tendencia, cada vez más arraigada, a dictaminar su prohibición. Acerca de los perfiles dramáticos de esta lucha contra la Justicia de Gabinete en Prusia desde la segunda mitad del siglo XVIII como forma prototípica de abogar por la autonomía de la justicia v. H. Conrad, *Richter und Gesetz*, p. 23-31. Sobre el tema v. particularmente W. Ogris, “Kabinettsjustiz”, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlín 1978, 515-18, y “De sententiis ex plenitude potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts”, en: S. Gagnér / H. Schlosser / W. Wiegand (eds.), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln/Wien 1975, 171-187.

57 Cf. *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, II, Tit. 17, § 18. Cf. Svarez, *Vorträge*, p. 19, 483. Sobre las razones de Svarez contra los *Machtsprüche* véase *Ibid.*, 484-85

58 Cf. Schwennicke, p. 286-87, 293-95. Es, en este aspecto, cuestionable la tesis de

E.F.Klein se aprestó a criticar inmediatamente la doctrina de la división de poderes asumida por Kant en *Zum ewigen Frieden* (1795), aduciendo que poder legislativo y poder judicial sólo “están separados en la ejecución”, pero no en la persona única que los detenta<sup>59</sup>.

Las dificultades planteadas por los *monita* no pasaron, empero, del todo inadvertidas. Su huella, visible ya en los borradores de la *Revisio Monitorum*, se dejó sentir en dos leves modificaciones que desarrollaban y esclarecían algunos puntos oscuros del problemático § 35 del *Entwurf*. Por un lado, para diluir el peligro de despotismo ministerial se especificó nítidamente que la consulta a la Comisión Legislativa debía limitarse a la cuestión jurídica dudosa, sin mencionar los hechos ni las partes litigantes<sup>60</sup>. Por otro lado, para evitar el desamparo jurídico de los contendientes ante una declaración supuestamente del poder legislativo se autorizó –de manera sorprendente– la apelación contra la decisión de la *Gesetzkommission*. Así surgieron los §§ 51-52 de la Introducción del *AGB*, ratificados casi al pie de la letra por los correspondientes §§ 47-48 del *ALR* en estos términos:

---

que el § 6 de la Introducción del *AGB*, que negaba validez jurídica a las sentencias de autoridad, contuviese una prohibición de la “justicia de gabinete”, y representase una proclama constitucional de independencia de la justicia, tal como ha sostenido una amplia tradición historiográfica (cf. Stölzel, o.c., p. 310 ss.; G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, 1935, p. 24 ss.; E. Schmidt, *Rechtssprüche und Machtsprüche der preussischen Könige der 18. Jahrhunderts*, Leipzig, 1943; H. Conrad, *Die geistigen Grundlagen...*, p. 37 ss, y “Rechtsstaatliche Bestrebungen...”, pp. 324-26; y G. Kleinheyer, *Staat und Bürger im Recht...*, p. 78 ss.). Pues –como Schwennicke, o.c., pp. 136-173 ha mostrado– ni los redactores pretendieron prohibir jurídicamente las sentencias de autoridad mediante ese § 6 (que desapareció en el definitivo *ALR*), por más que las desaprobasen, ni tampoco propugnaron con ese parágrafo, o al margen de él, el principio de autonomía de la justicia conforme a la doctrina de la división de poderes.

Por su parte, R. Ogorek, o.c., 55-56 ha puesto de relieve las ambigüedades e inconsecuencias de los teóricos alemanes en relación con la doctrina de la división de poderes: la defensa absolutista de un poder estatal indiviso parece que no era obstáculo para entender la interpretación judicial como una usurpación del poder legislativo, ni para denunciar como injerencias subrepticias las intervenciones del legislador en la jurisprudencia práctica, lo cual, sin embargo, sólo podía seguirse coherentemente de un efectivo reconocimiento de la separación de poderes

59 E.F. Klein, “Ueber das Verhältnis der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt”, *Deutschland* 2 (1796), p. 327.

60 Cf. *Briefwechsel*, Segundo Cuaderno (1781), p. 30-32.

“§ 47. Si el juez encuentra dudoso el sentido auténtico de la ley, debe entonces, sin mencionar a las partes litigantes, indicar su duda a la Comisión Legislativa y solicitar su juicio”.

“§ 48. El juez que hace la consulta está obligado, en el examen posterior de la causa, a utilizar como fundamento la resolución de la Comisión Legislativa, pero a las partes les quedan intactos los medios jurídicos habituales contra ello”<sup>61</sup>.

*c) El vacío legal. Integrar no es interpretar. Fiasco de un modelo ilustrado de jurisprudencia*

Marcada por la doctrina de la voluntad del legislador, una de las características llamativas de la concepción ilustrada de la *interpretatio* es su indisoluble conexión con la *lex*. También para los autores del *ALR* sólo cuando existe ley *expresa* viene a cuento el tema de la interpretación, y entonces se trata, o bien de conocer o declarar lo que está dicho con precisión en una ley clara (interpretación literal), o bien de obtener del legislador mismo una declaración precisa de su voluntad ante una ley oscura, dudosa o indeterminada (interpretación auténtica). Pero ¿qué ocurre con la laguna legal?; ¿cómo ha de proceder el juez ante un caso para el que no hay en el código una ley aplicable?

Los legisladores prusianos, a pesar de su prurito de prolijidad, eran conscientes desde el comienzo de que el *ALR* no podía abarcar extensivamente todas las situaciones posibles de la realidad, pero creían suplir esta deficiencia del código positivo asumiendo de forma paralela, de acuerdo con el iusracionalismo deductivo de raíz wolffiana, que el orden jurídico constituye un sistema completo de proposiciones derivables a partir de ciertos principios generales, admitidos por el propio código, y de la “naturaleza de las cosas” mediante la “sola lógica natural”<sup>62</sup>. Desde esta perspectiva se supone que no hay lagunas en el *derecho* y que el vacío legal es simplemente un caso de ley *no expresa* (no de ausencia de ley en general), de manera que siempre puede conseguirse una regla aplicable a cualquier asunto litigioso por deducción a partir de los principios generales, por analogía o por inducción según la índole de los negocios más habituales en la vida civil. Por consiguiente, cuando ante un tribunal

61 *ALR*, Introd. §§ 47-48, p. 52. Cf. *AGO I*, Tit.13, §§ 32-33, § 35.

62 Svarez, “Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?”, en: *Vorträge*, pp. 628-29; cf. *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, pp. 114-15; Carta de von Carmer a von Danckelmann del 8.11.1793 [en: Thieme, “Die preussische Kodifikation...”, p. 761, y en: Stölzel, p. 380]. Sobre este punto temático v. especialmente Coderch, “El ‘casus dubius’...”, p. 412 ss.

se presente una situación fáctica no contemplada en el código positivo, no se planteará un problema de *interpretación* de una ley que el legislador no ha formulado, sino una tarea de *integración* o compleción del sistema jurídico, que el juez habrá de solventar haciendo uso del *razonamiento*, una actividad -se sobreentiende- meramente “cognoscitiva”, puesto que consiste sólo en desarrollar racionalmente el derecho a partir del propio derecho.

Esta concepción estático-natural, wolffiana, del ordenamiento jurídico, que se solapa en la codificación prusiana con una teoría dinámico-positiva del mismo, ligada a la doctrina de la voluntad del legislador, explica la sorprendente solución adoptada por los legisladores ante el vacío legal. Por un lado, como se trata tan sólo de un problema de *integración* del sistema jurídico, en sí mismo completo, el juez puede subsanar el defecto *de ley* decidiendo el caso por razonamiento conforme a los principios racionales admitidos por el código y/o conforme a la aplicación analógica de sus disposiciones. Por otro lado, como estamos ante un caso de ley *aún no expresa*, el juez debe comunicar al Ministro de Justicia la supuesta laguna legal para que sea cubierta por el legislador de cara al futuro. Esto es lo prescrito por los §§ 49-50 de la Introducción del *ALR*, que reproducen el contenido de los correspondientes §§ 53-54 de la Introducción del *AGB*:

“§ 49. Si el juez no encuentra una ley que pudiera servir para la decisión del caso litigioso, debe entonces conocer según los principios generales aceptados por el código y según las disposiciones existentes en casos análogos, conforme a su mejor entendimiento”.

“§ 50. Pero al mismo tiempo debe comunicar enseguida esta presunta falta de leyes al *Chef der Justiz*”.

El origen de estos párrafos, sin correlatos previos en el *Entwurf*, se retrotrae a la *Revisio Monitorum* de finales de 1788, y estuvo relacionado con la discusión acerca del efecto retroactivo de la interpretación auténtica<sup>63</sup> más que con la necesidad de asegurar la compleción jurídica, no garantizada por el texto legal positivo. Con todo, su inserción en el Código sacó a relucir la concepción *dualista* del ordenamiento jurídico que von Carmer y Svarez pusieron en juego en el *ALR* ante el problema de la interpretación judicial. Comprender, por un lado, el orden jurídico prioritaria y básicamente como un

---

63 Según A. Schwennicke, o.c., p. 286 la permisión del razonamiento judicial en ausencia de ley fue la fórmula hallada por los legisladores para eludir la problemática retroactividad de las decisiones de la Comisión Legislativa, contemplada ya para el *casus dubius*.

*sistema dinámico de normas positivas*, expresión directa de la voluntad soberana del príncipe y, aunque siempre incompleto, máximamente precisable mediante una amplia casuística, y concebirlo, por otro lado, por más que con carácter supletorio, como un *sistema natural, estático y completo* de reglas derivables conforme a los principios generales, la “naturaleza de las cosas” y la lógica de la “sana razón”, si bien permitía fundamentar el sometimiento del juez a la tutela hermenéutica del legislador ante una ley defectuosa, sin dejarle desamparado ni sustraerle la libertad de pensar ante un defecto de ley, llevaba aparejado una insoslayable paradoja, a saber: que el juez podía conocer siempre si hay una ley aplicable al caso de disputa y decidir en su ausencia, pero podía no conocer el sentido de una ley existente<sup>64</sup>. Cuando el rey Federico Guillermo III abolió por la Orden de Gabinete del 8 de marzo de 1798 y el Rescripto confirmatorio del 21.3.1798, junto con los §§ 47-48 de la Introducción del *ALR*, el recurso a la *Gesetzkommission* en el *casus dubius*, lo hizo precisamente porque, entre otras razones, no comprendía “por qué los jueces no han de interpretar las leyes dudosas del mismo modo que deben decidir los casos en los que falta por completo una ley”<sup>65</sup>.

El modelo literalista de la interpretación judicial auspiciado por la Ilustración federiciana y su soporte teórico, la doctrina de la voluntad del legislador, habían llegado a su final. El § 2 del Primer Apéndice del *ALR*, introducido por la Patente del 11 de abril de 1803, sancionaba formalmente ese fiasco al prescribir en sustitución de aquellos §§ 47-48 de la *Einleitung* la resolución judicial de la duda aplicando “las reglas generales de la interpretación de las leyes” y el deber adicional de “comunicar al Ministro de Justicia la supuesta oscuridad de la ley de cara a la futura legislación”<sup>66</sup>. Los jueces recuperaban así las facultades interpretativas que el pensamiento jurídico del absolutismo ilustrado les negara, gracias a que se hacía valer de nuevo la creencia en que “quien puede lo más (integrar), puede lo menos (interpretar). Y eso es precisamente lo contrario de lo que Svarez había propuesto. Para él lo menos era

64 Cf. Coderch, pp. 418-19, 425.

65 *Kabinettsordre* (8.3.1798) [cit. según Schwennicke, p. 293]. El rey justificaba además su resolución con otros dos argumentos significativos: 1) el efecto retroactivo de las decisiones de la Comisión Legislativa pone en peligro la seguridad jurídica de los súbditos; y 2) la *Gesetzkommission* está expuesta al error en la interpretación de las leyes tanto como los tribunales en sus decisiones. A. Schwennicke, o.c., p. 294, por su parte, señala que en la supresión del recurso al legislador en el *casus dubius* concurrieron también motivos pragmáticos como la prolongación de los procesos y el aumento de los costes.

66 Cit. según Schwennicke, p. 293; cf. Coderch, o.c., p. 430.

deducir reglas desde los principios y lo más arriesgarse a violentar la voluntad del legislador”<sup>67</sup>.

El imperativo de sumisión absoluta de los magistrados a la ley fracasó más rotundamente aún en la *praxis* de la justicia, donde apenas tuvo eco. Antes de la entrada en vigor del *ALR* el 1 de junio de 1794 ni la existencia de la Comisión Legislativa ni la vigencia, aunque provisional, de la Ordenanza Procesal de 1781, que en el Título 13, §§ 32-35 estipulaba la obligatoriedad del recurso al legislador en el *casus dubius*, sirvieron para que los tribunales prusianos dejasen de aplicar el procedimiento tradicional, con sus habituales consultas a las instancias superiores ante las oscuridades de la ley o el uso de la analogía<sup>68</sup>. La elevada autoconciencia de su oficio adquirida por los jueces prusianos, especialmente en Berlín, a finales de siglo coadyuvó, por otra parte, a que no se sintieran obligados a seguir estrictamente la letra de la ley allí donde -como en el caso del predicador Schulz en 1792, sin duda condicionado políticamente- entraba en conflicto con sus convicciones, su sentido de la justicia y su conciencia moral. De ahí que a las puertas del siglo XIX, apagado tanto el fervor como el pavor revolucionarios y con los nuevos aires de libertad que se respiraban entre los juristas tras la publicación de la *Rechtslehre* de Kant en 1797, los jueces se planteasen la posibilidad de la *desobediencia a la ley* por razones morales para luchar por vía procesal contra la servidumbre de la gleba, aún sancionada por el *ALR*, II, Tit.7, § 87 ss. El propio Klein, partidario también de la liberación del campesinado, al tiempo que insistía en el deber judicial de conocer según la estricta legalidad vigente, confesaba que “no puede aplicarse una ley que ordene una acción física o moralmente imposible, aun cuando haya sido aprobada por todos los súbditos”<sup>69</sup>.

---

67 Coderch, pp. 430-31.

68 Véase Hans Hattenhauer, “Preussens Richter...”, p. 58 ss., quien se basa en el testimonio de Eberhard J. von Massow, *Anleitung zum praktischen Dienst der Königl. Preussischen Regierungen, Landes- und Unterjustizcollegien...für Referendarien und Justizbediente*, I, Berlin/Stettin 1792.

69 E.F.Klein, “Wie hat sich der Richter in Fällen zu verhalten, wo ein Gesetz zur Anwendung kommt, von welchem er glaubt, dass es nie hätte Gesetz werden sollen”, *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* 16 (1798), pp. 384-388; cf. “Ueber die gesetzliche und richterliche Begünstigung des Bauernstandes”, *Annalen* 24 (1806), pp. 167-182, aquí p. 173; Klein, “Nachtrag zu der Abhandlung über die gesetzliche und richterliche Begünstigung des Bauernstandes”, *Annalen* 25 (1808), pp. 45-87. Acerca de este tema así como del debate sobre las leyes en Prusia abierto con el cambio de siglo y canalizado principalmente a través de los *Annalen* de Klein, v. Hattenhauer, o.c., 58-61.



¿DOBLE *KODEX*?  
PARADOJAS Y LIMITACIONES DE LA ILUSTRACIÓN JURÍDICA

La Ilustración jurídica del absolutismo federiciano se asentaba sobre unos ideales y presupuestos de difícil compatibilidad entre sí. Ello hizo que los trabajos de codificación abocaran a soluciones que la historiografía tiende a considerar manifiesta o potencialmente dualistas, pero que, en realidad, fueron el fruto inequívoco de un laborioso esfuerzo teórico y práctico por salvar algunas de sus limitaciones básicas de partida, bien manteniendo la tensión entre tendencias opuestas, bien incurriendo, en algunos casos, en la paradoja. Aquí, a manera de conclusión, vamos a detenernos en tres de esas aspiraciones o supuestos de problemática conciliación. En nuestra exposición las trataremos como limitaciones históricas que hay que comprender en su propia, aunque frágil coherencia, sin renunciar por ello a poner de manifiesto, cuando así lo exija la mirada analítica, su carácter paradójico o sus dificultades intrínsecas.

Así, la primera limitación pone en juego el alcance de la legislación como un dilema entre Ilustración del *pueblo* o Ilustración de los *juristas*, entre la luz del conocimiento, necesaria pero restringida, del súbdito para obedecer las leyes, y la inconmensurabilidad empírica de la praxis civil para el ojo luminoso de una razón que aspira a su regulación positiva y ha de traducirse por ello en un cuerpo complejo y refinado de normas, sólo accesible a la inteligencia científica de los especialistas. Ello se solapa a su vez con el dualismo estructural entre conciencia privada y acción pública sobre el que descansa la relación entre Ilustración y legislación (cf. cap. 2), el cual se halla también aquí en el trasfondo como exigencia de restringir la luz cognoscitiva de los ciudadanos sólo a la visión correcta del Estado existente y de sus leyes indispensable para su sometimiento práctico voluntario, dejando fuera de este modo cualquier procedimiento autorreflexivo y crítico de razonamiento libre en la formación colectiva de la conciencia política.

Este dualismo entre libertad de pensar y obediencia civil, entre conocimiento y praxis, entre uso “privado” y “público” de la razón<sup>1</sup> sale a relucir,

---

<sup>1</sup> Se emplean aquí las expresiones “uso privado” y “uso público” de la razón en el sentido, característico de la época, que se desprende del susodicho dualismo histórico entre “conciencia” y “acción” social, y, por tanto, en un sentido en cierto modo inverso al que



no obstante, de manera explícita como el problema que subyace dentro del propio Código de 1794 al segundo núcleo de aporías: el de la tensión y el compromiso entre *derecho natural y derecho positivo*, entre entendimiento científico-sistemático de las instituciones y normas jurídicas y voluntad soberana del legislador, entre proposiciones “teóricas” y disposiciones “prácticas”, con valor jurídico-coactivo. Por último, y dentro ya del plano estrictamente jurídico-normativo de la codificación, la tercera limitación se hace eco del conflicto entre monarquía absoluta y estamentos tradicionales, entre Estado unitario y privilegios particulares, tanto dentro del propio *ALR* (división entre la primera parte, que define el espacio jurídico general de la *societas civilis* abierto por el soberano, y la segunda parte, que fija en concreto las diferencias jurídico-privadas constitutivas de dicha sociedad), como en el conjunto del ordenamiento jurídico territorial del Reino de Prusia, marcado por la tensión normativa que representa la coexistencia de un *código general*, de validez subsidiaria, con los *códigos territoriales*, de validez primaria en cada región, provincia o localidad.

### 5.1. Código popular y código científico

Entre los tópicos de la mentalidad legislativa figura la creencia en que los súbditos de un Estado serán ciudadanos eficientes y respetuosos del orden establecido, si conocen debidamente las leyes que han de guiar su conducta<sup>2</sup>. El ideal de *claridad y comprensibilidad* universal que por ello inspira las diversas propuestas ilustradas de codificación, secundado por el requisito auxiliar de redactar las leyes en la lengua vernácula, podía satisfacerse, sin embargo, sólo si iba acompañado del ideal de *brevedad o concisión* del código y, por ende, de generalidad de sus preceptos, ya que -como argüía Svarez- con el aumento numérico de las leyes disminuye la posibilidad de que el “ciudadano del Estado conozca la norma de sus acciones y esté en condiciones de seguirla”<sup>3</sup>.

Pero ambos ideales chocaban frontalmente con el propósito legislativo

---

propusiera Kant, no sin cierta ironía y de manera crítica, en su célebre ensayo *Contestación a la pregunta: ¿Qué es Ilustración?* (1784) al reclamar el carácter *público* precisamente del razonamiento libre que, hasta entonces, permanecía recluso en los ámbitos privados de las academias, las sociedades científicas, los círculos de amigos o los clubes literarios.

2 Véase lo dicho más arriba en la sección a) de nuestro capítulo 2. 2.

3 C. G. Svarez, “Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?”, *Vorträge*, p. 628.

fundamental de regular al máximo la vida civil y contener el arbitrio de los jueces, que la oscuridad e indeterminación inherentes a un código de leyes breves, generales y comúnmente inteligibles sin duda fomentaría. La seguridad jurídica de los ciudadanos y el designio paternalista del legislador imponían un ideal de *precisión* técnica en la formulación de las normas, que previniese contra las interpretaciones, y un prurito de *prolijidad* en la materia normada, que atendiese a todos los casos imaginables en la realidad, incluida la diversidad de sujetos jurídicos de la sociedad prusiana. El “camino intermedio elegido” –según sus propias palabras– inicialmente por von Carmer y Svarez se hallaba, sin embargo, más próximo al sacrificio de la claridad y la concisión que de la exactitud y exhaustividad casuística<sup>4</sup>. La famosa observación del rey al recibir en 1785 una parte del *Entwurf*: “bien, pero es demasiado grueso, y las leyes deben ser breves”<sup>5</sup>, certificaba la imposibilidad de mantener intactos sendos ideales.

La solución encontrada posteriormente por C.G. Svarez, en 1788, albergaba toda la dificultad de un planteamiento dualista. En efecto, para inculcar al pueblo la conciencia de legalidad y facilitarle el conocimiento de las leyes fundamentales se publicó en abril de 1793 el *Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preussischen Staaten*, un *Volkskodex* sencillo y accesible al entendimiento de la clase media cultivada, pero carente de validez normativa, que contenía un extracto de los principios generales del derecho, los conceptos y preceptos más básicos sobre los diferentes objetos de legislación en la vida civil y una relación de los derechos y deberes fundamentales del ciudadano contemplados en el nuevo código<sup>6</sup>. Con este adoctrinamiento cognoscitivo elemental sobre el *Privatrecht* recién positivado Svarez y Gossler esperaban que cualquier súbdito del Estado llegase a “actuar legalmente en los asuntos habituales de la vida civil” y pudiese “asegurarse contra engaños y abusos”, así como “prever con antelación clara y nítidamente las consecuen-

4 Cf. *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, p. 114.

5 Cit. por Svarez, “Inwiefern...?”, 627.

6 Cf. C. G. Svarez / Ch. Gossler, *Unterricht für das Volk über die Gesetze*, en: E. Wolff (Hrsg.), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main : V. Klostermann, 1949, p. 1-57, aquí p. 7 (se trata de una edición abreviada del original: *Unterricht über die Gesetze für die Einwohner der Preussischen Staaten*, Berlin: Nicolai, 1793); “Inwiefern ...?” (1788), en: *Vorträge*, p. 629 ss. G. Birtsch, “Carl Gottlieb Svarez...”, o.c., p. 99 advierte también en el *Unterricht* de Svarez este propósito ilustrado de formar una conciencia de legalidad en el pueblo. En este sentido de “Ilustración del pueblo” interpreta correctamente la idea del *Volkskodex* G. Kleinheyer, o.c., pp. 70-71.

cias jurídicas que pudiera traer consigo este o aquel asunto según las leyes”<sup>7</sup>; en otros términos: de semejante forma de ilustración pública esperaban, de acuerdo con su intelectualismo práctico, la obediencia a la ley y una acción social racional y responsable en el cumplimiento de los deberes civiles y en la persecución de los propios derechos.

Por su parte el *ALR*, código oficial a efectos jurídicos, quedaba destinado por su precisión y complejidad para el uso científico y práctico de jueces y juristas<sup>8</sup>. Su presunto estilo de expresión fácil y comprensible, tan pregonado por Svarez, le granjeó, con todo, una amplia difusión pública, pero el carácter científico y abstracto de sus contenidos y exposición, difícil incluso para los entendidos, en vez de conseguir la Ilustración del pueblo acerca de sus derechos y deberes, sirvió más bien –así reza en un informe de los representantes de los estamentos de Marca en junio de 1794–, en un ambiente de fervor y estupor revolucionario, para sembrar la confusión al respecto de las capas inferiores<sup>9</sup>.

El mismo planteamiento dualista por motivos de Ilustración alcanzó también –como es sabido– a la legislación procesal: junto al texto legal, la *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1793-95, Ch. Gossler y C. G.Svarez sacaron en 1796 una versión popular, que orientaba al público en los asuntos procesales más elementales, la *Unterweisung für die Parteien zu ihrem Verhalten bei Prozessen und andern gerichtlichen Angelegenheiten, nach Anleitung der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* (Berlin / Stettin: F. Nicolai, 1796).

---

7 *Unterricht*, o.c., p. 6.

8 Cf. “Inwiefern...?”, p. 629; *Promemoria* de Svarez de 1782 (en: Stölzel, o.c., p. 225); y carta de von Carmer a von Danckelmann del 3 de agosto de 1793 (en: Stölzel, o.c., p. 374).

9 Cf. “Bericht der versammelten Deputirten der Stände der Kur- und Neumark vom 12.Juni 1794”, en: Thieme, “Anhang. Aus dem Briefwechsel des Grosskanzlers v. Carmer mit dem schlesischen Justizminister v. Danckelmann“ o.c., pp. 767-68. Los representantes estamentales se quejaban, entre otras cosas, de las reivindicaciones de libertad e igualdad por parte de los campesinos, motivadas por la confusión del concepto meramente *civil* de “ciudadano libre” (miembro de un Estado, de una *civitas*) con su concepto *jurídico* (estamento burgués), pasando por alto la significativa restricción contenida en el § 147 del *ALR* II, Tit.7: “Los súbditos” –se dice allí–, “al margen de la relación con la propiedad por la que estén marcados, son considerados en sus asuntos y negociaciones como ciudadanos libres [freye Bürger] del Estado”. Por otra parte, el pueblo llano, al parecer, no era consciente de la validez meramente subsidiaria del *ALR*, que afectaba, entre otras cosas, particularmente a las relaciones entre señores y campesinos, las cuales seguían estando reguladas por la legislación y costumbres feudales de cada lugar o provincia.

Ahora bien, el doble *kodex* no fue sólo el expediente para salvar la relación de la obra legislativa con el público en virtud de la limitada capacidad intelectual de la mayor parte del pueblo y, sobre todo, de su destino práctico de obediencia civil. En la medida en que los legisladores no querían renunciar del todo a un mínimo de concisión compatible con el máximo de compleción que hiciese manejable el código normativo sin ceder un ápice en su eficiencia previsor de la realidad, resultó ineludible introducir el dualismo en la *estructura* misma del ordenamiento jurídico, incorporando un sistema “estático”, natural, constituido escuetamente por principios generales y reglas lógicas de derivación, que garantizaba la ausencia de lagunas en el corpus jurídico, al conjunto “dinámico” de normas positivas -especificación pormenorizada de la voluntad del legislador-, que suplía con precisión técnica la inevitable incompleción de su minuciosa casuística<sup>10</sup>. La previsible colisión entre ambos –punta de lanza de su problemática coexistencia– se supuso atajada estipulando una jerarquía, según la cual el sistema “natural” es siempre y sólo *subsidiario* del sistema positivo, y su alcance es cognoscitivo y prudencial más que normativo.

### 5.2. Código doctrinal y código normativo

El perfil supuestamente dualista de la codificación prusiana trasciende la sola pretensión de hacer conciliables los requisitos lógico-estilísticos de precisión, brevedad y compleción. Parece que forma parte asimismo de la peculiar ideología ilustrada que la inspiró, de la tensión entre *derecho natural* y *derecho positivo* latente tras ese particular maridaje que Thieme calificó de “iusnaturalismo empirista” (cf. cap. 4.1.a), así como detrás de su voluntad de compromiso con la tradición del derecho romano recibido y de las ordenanzas territoriales vigentes, y a la vez con los requerimientos racionales, que demandaban pulirlos, adaptarlos y ampliarlos con innovaciones legislativas según el espíritu de la época y las costumbres de la sociedad civil germánica. Ante el dilema entre llevar a cabo una simple recopilación de la diversidad jurídica existente –tal como habrían deseado Schlosser o Danckelmann–, o construir *ex nihilo* una legislación de la razón pura, conforme a las exigencias teóricas de la filosofía más ilustrada, von Carmer y Svarez optaron ciertamente por la vía intermedia de confeccionar un código general, coherente y unitario, que sancionase en lo esencial el orden normativo vigente pero sin prescindir por

<sup>10</sup> Cf. “Inwiefern...?”, 628-29; *Briefwechsel*, Tercer Cuaderno, 114-115.

entero del lenguaje, método, sistema y principios racionales del discurso ius-naturalista. El marco teórico adecuado para poner en marcha tan complicada operación sólo pudo ser destilado en las postrimerías del wolffismo.

Pues desde los supuestos filosóficos del maestro de Halle y de su escuela se aseguraba, por una parte, la continuidad entre orden natural y orden positivo en términos de unidad estrictamente *lógico-sistemática*; el Derecho Natural, como *teoría* general, explicativa del derecho positivo, tenía una función básicamente “cognoscitiva”: servía sobre todo para comprender correctamente y deducir racionalmente la realidad jurídica establecida. Desde el sistema científico se garantizaba así, como momentos diversos de un mismo proceso de acumulación sintética de *status personae*, la continuidad lógica entre *status naturalis* y *status civilis*, lo cual permitió a Darjes introducir, sin aparente inconsistencia, una “duplicación” de las instituciones y vínculos jurídicos “naturales” en la sociedad civil en términos de emanaciones “artificiales” de la voluntad del soberano<sup>11</sup>. A su vez, el ulterior adelgazamiento metodológico de aquel sistema iusnaturalista, gracias a la incorporación de los tópicos argumentales de la “sana razón” o la “naturaleza de la cosa”, y a su correspondiente aclimatación a las directrices historicistas que se extrajeron del pensamiento de Montesquieu, permitió a los artífices de la codificación disponer del Derecho Natural no ya sólo como un sistema racional unitario, lógico-deductivo del ordenamiento jurídico, sino también más en general como un simple criterio de enjuiciamiento para depurar, simplificar, corregir o suplir la herencia normativa de los territorios prusianos en función de su adecuación a su modelo “natural” específicamente germánico (el *ius naturae hypotheticum*).

Por otra parte, este valor lógico-cognoscitivo del Derecho Natural tuvo su contrapartida práctica en la reducción de la fuerza *normativa* de sus contenidos (los derechos innatos y adquiridos) a mero *ius imperfectum*, esto es, a facultades jurídicas no coactivas, mientras que la cualificación de *ius perfectum*, susceptible de coacción<sup>12</sup>, quedaba asignada exclusivamente al derecho positivo o “civil”, en cuanto fijado por la voluntad todopoderosa del legislador,

11 Cf. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 50 ss. (en lo relativo a los *status personae* en Wolff) y p. 129 y ss. (en lo referente a la “duplicación” e “inversión” de los *status personae* en Darjes).

12 Sobre estos conceptos y distinciones v. M. Hernández Marcos, “Conoscenza razionale e storia”, o.c., p. 42 ss.; y “Carl Gottlieb Svarez y la disolución del derecho natural en Alemania”, o.c., p. 285 ss. En ambos trabajos puede encontrarse una exposición más exhaustiva de estas transformaciones en el *systema iuris naturae* de Wolff.

única fuente jurídica soberana en el *status civilis*. Ello fue ciertamente consecuencia de la introducción de la doctrina hobbesiana de la soberanía absoluta por parte de Darjes en el *systema iuris naturae* de Wolff, la cual trajo consigo, junto con esa ruptura en el *continuum* normativo, la paralela tendencia a conceder a las proposiciones teórico-cognoscitivas de aquel Derecho Natural prusiano –y del Derecho Político General (*ius publicum universale*) unido a él– una limitada efectividad práctica: o bien la de guía y consejo *prudencial* de la razón para el arte político de legislar, de cuyo seguimiento dependía la legitimación “ilustrada” del gobierno del soberano (cf. cap. 2.2.a), o bien la de fuente jurídica *subsidiaria* en calidad de principios de interpretación o de compleción de la ley positiva en la praxis judicial.

Ahora bien, a pesar de esta ruptura jurídico-normativa, la continuidad lógica entre derecho natural y derecho positivo quedaba, no obstante, preservada por el hecho de que el *ius perfectum* coactivo emergía –o debía emerger–, en realidad, sobre el fondo global del *ius imperfectum* facultativo del sistema iusnaturalista por un acto declarativo de la voluntad del legislador, tal como había mostrado J.G. Darjes al justificar el *ius civile* válido en el Estado como un efecto de duplicación del *ius naturale* estamental por parte de la persona del soberano<sup>13</sup>. Desde este difícil equilibrio entre unidad lógica y diferencia normativa se comprende la inusual amalgama de elementos doctrinales con disposiciones prescriptivas que abunda en el *ALR*. Pues bajo aquel supuesto de unidad metodológico-cognoscitiva los legisladores se atrevían sin ambages a incluir declaraciones iusnaturalistas, de conceptos y principios generales (por ejemplo, la *Einleitung* y el Título 13 de la Segunda Parte, sobre “Derecho Político interno”), en un código de derecho positivo, que no en balde motivaron la asociación –iequivocada!– del *AGB* de 1791 con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano o la Carta Constitucional francesa. En cambio, en virtud del hiato práctico-normativo abierto entre *ius naturae* y *ius civile* el reconocimiento teórico de “derechos *generales* del hombre” ligados a su “libertad natural” (*ALR*, Introducc. § 83) se hundía en la penumbra de la desigualdad jurídica proyectada por los “derechos *especiales*” (*ALR*, Introd. § 84) que establecía preceptivamente la ley en función de las “relaciones personales”, es decir, estamentales; del mismo modo que la consignación

---

13 D. Canale ha reconocido en este aspecto que el Derecho Natural prusiano, como *ius imperfectum*, “constituye el presupuesto lógico y conceptual del código” [de 1794] “en su conjunto” (en: M. Hernández Marcos / D. Canale, “Iusnaturalismo prusiano y codificación. Notas de discusión”, o.c., p. 220).

de fines del Estado y de regalías (*ALR*, Introducc., § 73 ss.; II, Tit.13) no representaba prescripción político-constitucional alguna con fuerza vinculante para el soberano absoluto más allá de la mera declaración teórica, conforme a la idea iusnaturalista de contrato civil, de quién es el constituyente y cuál su voluntad<sup>14</sup>.

Ahora bien, el pretendido engranaje sin fricciones entre ambos sistemas normativos no funcionaba con la evidencia que los autores del *ALR* teóricamente se prometían. En primer lugar, tal como objetara von Danckelmann en su correspondencia con el Canciller von Carmer (carta del 28.10.1793), ¿qué sentido tenía insertar en un código de derecho positivo un conjunto de principios doctrinales pertenecientes a la Jurisprudencia científica y que, en cuanto tales, podían ser enseñados y discernidos mediante razonamiento filosófico pero jamás prescritos por el legislador? En su carta de respuesta (del 8.11.1793) J. H. C. von Carmer puso de manifiesto la función de adoctrinamiento ilustrado de los súbditos en la nueva legalidad civil que desempeñaban semejantes declaraciones doctrinales, incluso dentro de un código tan escasamente popular, por su precisión y exhaustividad, como el *ALR*, ya

---

14 En estos términos, entre otros, venía a justificar Svarez en la *Revisio Monitorum* la inclusión de doctrinas del Derecho Político General en el Título 13 de la Segunda Parte del *ALR* (cf. A. Schwennicke, o.c., pp. 84-85). En modo alguno se pretendía dar o insertar una Carta Constitucional, análoga a la Francesa de 1791, dentro de un código de derecho privado, y así lo desmentía Svarez en 1791 al señalar que el entonces *AGB* no contenía ni podía “contener una Constitución [*Konstitution*]” (“Kurze Nachricht...”, o.c., p. XXXI). Resultaban infundadas en este aspecto las interpretaciones sobre el “peligroso” constitucionalismo del *AGB*, basándose en que las cláusulas iusnaturalistas sobre igualdad y libertad naturales o de Derecho político sobre fines del Estado (*AGB* Intr, espec. §§ 77-79) determinaban límites y deberes jurídicos al monarca que le comprometían ante el pueblo y podían ocasionar tumultos en el Estado (cf. “Bericht” de Goldbeck del 24.11.1793, en: Stölzel, o.c., 386; C. D. Erhard, *Versuch einer Kritik des Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Dresden / Leipzig, 1792, I, p. 114 ss.; carta de Danckelmann a Carmer del 21.12.1793, en: H. Thieme, “Anhang aus dem Briefwechsel...”, o.c., 765-66; y las reseñas “Etwas über das neue Preussische Gesetzbuch und die Französische Revolution”, *Deutsche Zeitung* 25.11.1781, o.c., p. 707 ss.; y “Friedrich Wilhelm der Gesetzgeber”, *Berlinische Monatsschrift* 19 (1792), 5 ss.). Por ello, apenas expurgadas por Goldbeck, permanecían aún en el *ALR* (cf. *ALR* Intr. § 83, § 73 ss.; y *ALR* II, Tit.13, espec. §§ 2-4), lo cual ponía de manifiesto que el motivo de la resistencia al código era otro: no la amenaza constitucional a la monarquía absoluta, sino al viejo sistema político estamental (véase p. 126, nota 26). Sobre el sentido normativo del “Derecho político especial” como fuente de *ius civile*, véase pp. 120-122, notas 17 y 18.



que al mostrarles el fundamento racional de donde procedían sus derechos y deberes se favorecía la confianza del pueblo en las leyes e instituciones del Estado, y con ello se garantizaba su obediencia<sup>15</sup>. El Canciller mostraba así hasta qué punto el “*kodex doctrinal*”, iusnaturalista contenido en el *ALR* quería contribuir a esa concienciación en la legitimidad del Estado monárquico y de su legislación, de la que dependía la probabilidad de que los ciudadanos obedeciesen voluntariamente, por propia creencia y convicción. Más aún, von Carmer dejaba entrever el intelectualismo práctico que alimentaba su expectativa, al argüir adicionalmente que la distinción entre *doctrina* y *ley* jurídica, correcta en teoría, es difícil de mantener en la práctica, porque la comprensión de las consecuencias jurídicas de las acciones y, por ende, el cumplimiento de los preceptos ligados a ellas por parte de los súbditos presuponen la determinación (filosófica) del concepto, de la naturaleza y circunstancias del asunto o acto en cuestión<sup>16</sup>. Con el reconocimiento de esta conexión *in praxi* entre doctrina y ley, entre concepto y precepto por el cual se admitía que sólo dando a conocer las ideas claras y correctas sobre la vida civil proporcionadas por el sistema iusnaturalista prusiano se obtendría una praxis correcta de seguimiento de la nueva legalidad por parte de los ciudadanos, se venía ciertamente a justificar la inserción de proposiciones teóricas en un código normativo de derecho privado, pero se hacía asumiendo una convicción intelectualista del obrar que por sí misma cuestionaba la supuesta separación radical entre conocimiento y acción social, salvaguardada, no obstante, en este caso mediante una limitación de la Ilustración en los súbditos. Con todo, la coherencia entre el Derecho Natural y el derecho positivo queda salvada, porque se plantea –tal es aquí el efecto del intelectualismo práctico– sólo como una relación entre conciencia ilustrado-cognoscitiva, por orientada y limitada que esté, y eficacia práctica de la norma civil, gracias a que la *ley ya existe* o está dada y se trata únicamente de obedecerla.

La situación es bien distinta cuando *no hay ley expresa*, pues entonces

---

15 Carta de von Carmer a von Danckelmann del 8.11.1793, en: H. Thieme, “Anhang aus dem Briefwechsel...”, o.c., p. 763. Cf. Carta de Carmer a von Danckelmann del 29.12.1793 (en: Thieme, *Ibíd.*, p. 766). Para la carta de Danckelmann a Carmer del 28.10.1793, v. Thieme, *Ibíd.*, pp. 757-759. Los legisladores se plantearon incluso que las Introducciones en los códigos (el procesal y el civil), con su exposición de “principios teóricos”, podía ser de gran utilidad para la enseñanza universitaria (v. Carta de Carmer a Klein del 13.11.1781, en: A. Schwennicke, o.c., p. 83).

16 Carta de von Carmer a von Danckelmann del 8.11.1793; en: H. Thieme, “Anhang aus dem Briefwechsel...”, 762-63.



la relación del Derecho Natural con el derecho positivo no puede alcanzar la coherencia propia de un proceso de legitimación (teórica) de la obediencia, sino que ha de plantearse como una relación estrictamente normativa y, en concreto, como un acto de *creación* o declaración de *ius civile* desde la fuente cognoscitiva del *ius naturae*, sea por parte del propio legislador, sea por parte del juez ante un caso litigioso de vacío legal. La primera alternativa no presenta, empero, problema alguno, puesto que ahí la normatividad “imperfecta” de los contenidos iusnaturalistas sirve de luz cognoscitiva y guía prudencial para la actividad legislativa del soberano, a quien corresponde en el Estado precisamente la creación de normatividad jurídica “perfecta”, de leyes civiles. En cambio, la segunda alternativa saca a relucir la fricción entre ambas formas de normatividad, la incongruencia de su escisión dualista, puesto que ahí el mero derecho natural imperfecto ha de generar una norma de validez perfecta sin mediación de la voluntad soberana, por un simple acto de conocimiento del juez, el cual, como súbdito, no está facultado, empero, para crear derecho válido en el Estado. Que el Derecho Natural pudiera servir, pues, de fuente jurídica *subsidiaria* para los tribunales a falta de ley aplicable y que, por tanto, se pudiera generar una norma jurídica de efecto legal mediante la sola operación lógico-cognoscitiva de la razón sin la potestad soberana para otorgarla, resultaba del todo paradójico, bajo el supuesto dualista de división normativa entre *ius imperfectum* y *ius perfectum* que correspondía en lo jurídico al dualismo entre conciencia privada y vida pública, entre conocimiento racional y poder absoluto del soberano.

Y, sin embargo, aparte de los referidos fines de Ilustración del pueblo como principios rectores de la codificación, las doctrinas iusnaturalistas y de Derecho Político General incluidas en el *ALR* estaban destinadas sobre todo a facilitar la tarea supuestamente sólo científica de la *interpretación* judicial en los casos de vacío legal. Así lo señalaba el Canciller von Carmer el 30 de abril de 1787, en la Observación Preliminar de la segunda parte del *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs* al decir que la proliferación de “definiciones y proposiciones meramente teóricas” respondía a la necesidad de “fijar una correcta analogía de las leyes y de prevenir, mediante ella, las dudas, malentendidos e interpretaciones arbitrarias de preceptos particulares en su aplicación a los diferentes casos”<sup>17</sup>. Ello iba, sin duda, en contra –como sabemos– de la

---

17 “Vorerinnerung”, en: *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Berlin / Leipzig: Decker, 1787, 2.Theil, 1. Abtheilung. El mismo argumento sobre la utilidad para el razonamiento analógico de las leyes en la interpretación judicial esgrime

prohibición general del ejercicio interpretativo de los jueces característica de la Ilustración en nombre la legislación como única fuente de derecho (válido), pero da cuenta de la doble actitud del código prusiano en el tema de la interpretación judicial (v.cap. 4.2), la cual nos ilustra sobradamente acerca de esta paradoja. En efecto, el deber de *obediencia* en la aplicación de la ley expresa por parte del juez -su obligada abstinencia interpretativa en el *casus dubius* inclusive- se funda precisamente en el valor jurídico-normativo que tiene la declaración positiva del legislador en exclusiva, mientras que la licencia para *razonar* cuando falta la ley descansa sobre la supuesta función esencialmente cognoscitiva del Derecho Natural. Lo paradójico de este planteamiento, constatado por el propio rey en 1798, según el cual el juez puede decidir en ausencia de toda ley y, sin embargo, no puede hacerlo cuando hay una ley aplicable, por oscura que sea, llevaba implícita la advertencia de que el derecho positivo o la voluntad expresa del legislador no constituye -ni puede constituir- la única fuente normativa válida. ¿Acaso el razonamiento iusnaturalista de un juez ante un caso de vacío legal no daba pie a una resolución con un efecto normativo similar al de cualquier otra basada en la estricta aplicación de la ley? Al admitir el uso judicial de las reglas generales de la interpretación también en el *casus dubius*, el Apéndice del *ALR* desmentía en 1803 el supuesto dualismo normativo entre derecho natural y derecho positivo abierto por el absolutismo político, y rehabilitaba con ello en cierto modo la idea de la continuidad en el ordenamiento jurídico, en consonancia con el reconocido nexo -racionalista e “intelectualista” en su origen- entre conocimiento y norma, conciencia y acción.

### 5.3. Código general y código(s) especial(es)

Desde el punto de vista de la historia social del derecho, suele considerarse el *ALR* como un código aún del Antiguo Régimen que marca, no obstante, el final de una época y abre el horizonte jurídico a la modernización socioeconó-

---

von Carmer ya en su carta a Klein del 13 de noviembre de 1781 (cf. A. Schwennicke, o.c., p. 83). De manera similar se pronuncia Svarez cuando incluso justifica, por ejemplo, la introducción de doctrinas del “derecho político interno” de Prusia aduciendo que deben incluirse en el código al respecto los “principios y reglas” que “el juez debe seguir en la decisión los asuntos litigiosos”, y añade que en general los tribunales han de resolver los “casos no decididos” [vacío legal] en el código mediante analogía de las leyes y siguiendo la lógica de sus principios y reglas generales (“Kurze Nachricht...”, o.c., p. XXXII y XXXV respectivamente).

mica de Prusia a lo largo del siglo XIX. Le caracterizan, en efecto, tres rasgos extraños a las codificaciones típicamente burguesas. En primer lugar, no es de hecho sólo un código *civil* en sentido estricto –aunque sea fundamentalmente esto, y también lo fuera en la intención de los legisladores<sup>18</sup>– sino más bien un código de la *vida civil en su conjunto*, en el que coexisten con el derecho privado disposiciones sobre Derecho Político General (*ALR II*, Tit. 13) y administración pública: derecho fiscal y patrimonial (*ALR II*, Tit. 14-16), jurisdiccional (*ALR II*, Tit. 17), derecho de “policía” (protección social, educación, etc.: *ALR II*, Tit. 18-19, 12) y derecho penal (*ALR II*, Tit. 20), amén de un gran número de proposiciones teóricas. En segundo lugar, como código de derecho privado, es en buena medida un código estamental, puesto que tras fundamentar, en la primera parte, el derecho sobre la base del soberano como única fuente de personalidad jurídica en el Estado, multiplica, sin embargo, en la segunda parte los sujetos jurídicos en función de la división tripartita de la sociedad prusiana del siglo XVIII (campesinado, burguesía y nobleza)<sup>19</sup>. Y,

---

18 Según Svarez, en el código se incluía aquella parte del Derecho Público (la del “Derecho político especial” –*besonderes Staatsrecht*) que concernía a la relación del Estado con sus súbditos, porque repercutía inmediatamente sobre los derechos privados de los ciudadanos y, por tanto, en caso de conflicto, estaba sujeta a tratamiento judicial (cf. “Kurze Nachricht...”, o.c., p. XXXI-XXXII; Informe de Svarez de 1785 para la tercera sección del *Personenrecht del Entwurf* [en: Stölzel, o.c., p. 383-84, y A. Schwennicke, o.c., Anhang II, pp. 387-391] y Observación al § 1 de dicha tercera sección de esa Primera Parte del *Entwurf* de 1786; cf. G. Birtsch, “Zur konstitutionellen Charakter...”, o.c., pp. 100-101, y A. Schwennicke, o.c., p. 74-75). No hay una intención de positivizar el “Derecho político” como tal: ni el general (*allgemeines Staatsrecht*), aun cuando se incluyan proposiciones teóricas sobre él, ni el especial (*besonderes Staatsrecht*), que se refiere propiamente a la administración pública, aunque se le dediquen varios títulos de la Segunda Parte. Aparte de los fines ilustrado-paternalistas de adoctrinamiento del público y de orientación en la interpretación judicial señalados más arriba, la inclusión sobre todo de esa parte del “Derecho político especial” (fiscal, jurisdiccional, penal, etc.) respondía a un deseo de positivizar el *ius civile* en su totalidad (v. M. Hernández-Marcos / D. Canale, “Iusnaturalismo prusiano y codificación. Notas de discusión”, o.c., pp. 208-09, 219-220). Sobre el carácter no constitucionalista de ese “Derecho político” del *ALR* véase más arriba p. 118, nota 14.

19 Además de los títulos dedicados a los tres estamentos sociales principales (*ALR II*, Tit. 7-9), hay otros dedicados a las familias tradicionales o *domesticae societates* (*ALR II*, Tit. 1-5), a las sociedades, corporaciones y gremios en general (*ALR II*, Tit. 6), a los servidores del Estado (burocracia, militares, funcionariado en general) (*ALR II*, Tit. 10), a las iglesias y sociedades clericales (*ALR II*, Tit. 11) y a las universidades y escuelas (*ALR II*, Tit. 12). A partir de ahí los restantes títulos se dedican, como colofón de cierre, a la *societas ci-*

por último, en tercer lugar, desde el punto de vista del sistema jurídico-normativo válido en todos los territorios de Prusia, es un código subsidiario, que mantiene intacta la estructura tradicional de la relación entre un “derecho común”, general y supletorio, y los “derechos particulares” de cada región, con validez primaria, y de este modo perpetúa la diversidad jurídica territorial en detrimento de la unificación centralizada del derecho.

Esta complejidad jurídica del *ALR* ha alimentado la interpretación dominante del dualismo o -al menos- ambivalencia legislativa, según la cual el Código de 1794 sería la expresión de un equilibrio problemático entre los intereses pre-liberales de la incipiente burguesía, que habría asomado su rostro a través del cortinaje político del Estado monárquico absoluto, y los intereses de los estamentos privilegiados del *ancien régime*, abanderados por la nobleza feudal. El Derecho Territorial –ha escrito Koselleck en este sentido– porta en sí una cabeza de Jano: “une las resoluciones de *planificación ilustrada del Estado* y la *herencia estamental*”<sup>20</sup>. El esfuerzo por integrar ambas tendencias, apenas compatibles, habría traído consigo la constitución bifronte de la codificación tanto en su desarrollo territorial como en la configuración interna del texto legal mismo de 1794.

Sin embargo, como se ha sugerido más arriba (v. cap. 4.1.a), esta imagen marcadamente dualista no refleja de modo adecuado la peculiaridad social y cultural del proceso codificador en su conjunto ni del *ALR* en particular, y responde a un modo de interpretación que no le concede la “caridad herme-

---

*vilis* o persona del Estado (*ALR* II, Tit. 13-20). Ello indica, sin duda, que la base ideológica articuladora de esa Segunda Parte sigue siendo la vieja teoría de las “sociedades” sobre la que se fundaba el orden estamental, pero también que esa teoría ha sido redefinida políticamente como una teoría de las “personas del Estado”, en la que caben tanto los estamentos territoriales como las nuevas asociaciones o grupos sociales (funcionariado, iglesias, etc.), ya que todas cumplen ahora una función “administrativa” al servicio del bien común estatal. V. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 235 ss.

20 R. Koselleck, *Preussen*, o.c., p. 24. De manera similar, aunque con otros matices, subraya este dualismo G. Tarello, *Le ideologie*, o.c., p. 316 ss., espec. 325-331. Sobre esta posición historiográfica véase más arriba pp. 86-87, notas 19 y 20. Sobre el conflicto entre absolutismo político y sociedad estamental en el surgimiento del *ALR* véase también Schwennicke, o.c., p. 10 y sobre todo G. Birtsch, “Gesetzgebung und Repräsentation...”, o.c., pp. 265-294, espec. 292 ss., quien, por otra parte, insiste en que a pesar del debilitamiento político de los estamentos prusianos por obra de Federico II, fue siempre voluntad de los legisladores el mantenimiento del orden estamental (cf. asimismo Schwennicke, p. 92 ss.).

nética” de la coherencia más elemental, que hay que suponer, de entrada, en los productos históricos del espíritu humano. Frente a ello, hay que hablar, en lo concerniente al sistema jurídico-normativo de la codificación prusiana según su plan y buena parte de sus resultados, no tanto de dualismo, cuanto más bien de *refundación* de la diversidad jurídica estamental y territorial de la sociedad prusiana en la unidad *constituyente* del Estado monárquico como única fuente de derechos civiles, de *constitución* de la pluralidad real de sujetos jurídicos como “personas artificiales” de la *civitas* a partir de la subjetividad absoluta de la persona soberana, y de la transformación de las *societates minores* y estamentos territoriales antiguos en “esferas” y funciones diferenciadas y estratificadas –con sus deberes y derechos o prerrogativas bien distintas– de una genuina *societas civilis* común<sup>21</sup>. No hay, pues, dos sistemas jurídicos distintos (el burgués o estatal y el estamental) sino un único sistema complejo, generado por la voluntad general del soberano, que, sin embargo, se despliega o distribuye en voluntades particulares diferentes según su contribución a la tarea del bien común (*officia civiles*) y se traduce, por ello, en una desigualdad jurídica correspondiente dentro de la comunidad política (*iura civiles*)<sup>22</sup>.

Esta peculiar articulación de unidad nacional y diferencias sociales en el sistema de derecho privado se hace presente en la codificación de una doble manera: a nivel “territorial”, mediante el proyecto de elaborar a la vez un código *general* –tal sería el definitivo *ALR*– y una serie de *códigos especiales* en las diferentes provincias, dada la pluralidad y variedad de fuentes jurídicas en la heterogénea diversidad de los territorios prusianos; y a nivel “personal” o de los sujetos jurídicos, dentro del propio código general, mediante la división de la obra en dos partes (*Sachenrecht* y *Personenrecht*), la primera de las

21 Sobre este punto v. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 224 ss.

22 El texto que mejor recoge esta visión del Estado como unidad del espacio y de la tarea comunes generados por el soberano y como realidad diferenciada en el reparto social de deberes y derechos civiles, acaso sea el ensayo de E.F. Klein, “Über die Natur der bürgerlichen Gesellschaft” (1790), donde, en abierta polémica con la Declaración Francesa de 1789, se afirma la igualdad de todos los ciudadanos “con respecto al *fin*” estatal, pero al mismo tiempo la “desigualdad” en los “*medios*” (poderes, derechos y deberes) de perseguirlo (p. 73 ss.), la cual ha de fijarse en concreto atendiendo a las “diferentes relaciones de los pueblos y los países” contempladas supuestamente en el contrato civil (en: E.F. Klein, *Kurze Aufsätze über verschiedene Gegenstände*, Halle: Weisenhaus, 1797, pp. 55-80, espec. p. 73; reproducido junto con *Freyheit und Eigenthum* en Kronberg/Ts: Scriptor, 1977). Sobre este punto también v. D. Canale, o.c., p. 244 ss.

cuales está dedicada a la condición común y *general* de sujeto de derecho civil (la “personalidad civil”) y carece de valor normativo, mientras que la segunda parte desarrolla, en su diferenciación real, la condición *especial* de sujeto de derecho en la vida social (las “personas civiles” del Estado, *personae status*) y constituye el texto propiamente normativo. A continuación dedicamos algunas palabras a cada una de estas dos maneras peculiares de articularse lo general y lo particular, lo común y lo especial o diferencial de la codificación prusiana<sup>23</sup>.

Por lo que atañe al plano “territorial”, el plan de codificación diseñado por la Orden de Gabinete del 14 de abril de 1780 contemplaba la creación de un *código general*, subsidiario, sustitutivo del romano, que habrían de preparar los colegios de justicia en colaboración con la Comisión Legislativa; y la confección paralela de *códigos especiales* en cada territorio, con validez primaria, que, elaborados conjuntamente por colegios y estamentos, fijasen las costumbres, estatutos y derechos diferenciales de cada provincia o localidad. La entrada en vigor del *ALR* el 1 de junio de 1794 con carácter subsidiario en el ámbito del “derecho privado” daba así cumplimiento a una parte del plan previsto: la redefinición general de las diferencias jurídicas estamentales y sociales, de la pluralidad de *sujetos de derecho* (“personas”) a partir de la unidad constituyente del Estado monárquico como fuente de subjetividad jurídico-civil. Lo que, sin embargo, no se cumplió fue la otra parte del diseño inicial: la positivación legal de las relaciones jurídico-privadas *específicas* de cada territorio, esto es, el reconocimiento o sanción soberana de los derechos particulares de las regiones como *iura civiles* de un mismo Estado, como “leyes especiales” del reino prusiano<sup>24</sup>. Pues los diversos proyectos de

---

23 Una visión sintética y elocuente de esta tensión entre lo *general* y lo *especial* o diferencial en la codificación prusiana a estos dos niveles: el de la “pluralidad territorial” con su heterogeneidad de usos y normas jurídicas particulares, y el de la “pluralidad de sujetos jurídicos” (“personas”), puede encontrarse en H. Mohnhaupt, “Recht zwischen Generalisierung und Differenzierung: Das Beispiel des *Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*”, en: M. Ferronato (a cura di), *Dal 'De iure naturae et gentium' di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova: CEDAM, 2005, pp. 187-220, aquí 207-211.

24 Con este objetivo de dar a la pluralidad jurídica de los diversos territorios prusianos la unidad formal de una “ley” positiva el Estado se planteaba el rey Federico II la codificación provincial en la Orden de Gabinete del 6 de abril de 1780 dirigida al Canciller von Carmer (v. C.A.Chr. H. Von Kamptz (Hrsg.), “Ueber Provinzial-Rechte”, en: *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*, 46 (1835), pp. 225-227).

codificación de estos derechos especiales, continuamente aplazados, no llegaron a realizarse. Sólo en Prusia del Este en 1801 surgió un código provincial, que contenía escasas e irrelevantes divergencias con respecto al *ALR*. El fracaso estuvo motivado en buena parte por la oposición irreconciliable entre las metas maximalistas de los estamentos (defensa a ultranza del particularismo jurídico del *ius commune*, sin fijación escrita) y la tendencia cada vez más acentuada a la unificación jurídica del ministerio de justicia prusiano tras la publicación del *ALR* y, sobre todo, a partir de 1798, con la subida al trono de Federico Guillermo III<sup>25</sup>. El dualismo jurídico resultante (código civil general/particularismo jurídico territorial) fue, pues, una consecuencia, no de la teoría, sino de la ejecución histórica fallida del proyecto de someter la pluralidad y desigualdad *territoriales* de derechos privados a la mera unidad formal, legal de una *societas civilis* común<sup>26</sup>.

Con todo, los legisladores se hacían fuertes de algún modo en su voluntad de fundar una unidad jurídica nacional sobre la base del monarca soberano, por encima de la diversidad territorial y de los estamentos, al dotar de validez primaria para todas las provincias al “Derecho Político especial” (*Staatsrecht*) contenido en el Código (*ALR* II, Tit. 13-20)<sup>27</sup>, tan censurado por los sectores más reaccionarios, ya que no se limitaba a la consabida constatación de los derechos de majestad del rey, sino que a través del reconocimiento de una amplia administración pública (derechos patrimonial y fiscal, jurisdiccional, de protección social, y derecho penal) hacía también valer la idea de Estado como un horizonte de *legalidad* general en el que se deciden los

---

25 Sobre esto v. Schwennicke, o.c., p. 102 ss.

26 La resistencia estamental estaba motivada precisamente por esta eliminación del poder político que la nobleza tenía en el esquema del “gobierno” pre-moderno, basado en la tensión bipolar entre representantes estamentales y rey o señor territorial y en las *leges fundamentales* que la regulaban. En el planteamiento de la codificación, era, en efecto, reducida a la condición de mero “miembro” del Estado, de simple servidora del nuevo soberano. Esta “peligrosa” sustitución del viejo sistema político estamental por el monárquico-estatal es la que atinadamente vislumbró y denunció ya J.G. Schlosser en sus *Briefe über die Gesetzgebung* (1789), calificándola de “golpe de Estado”, y la que Klein en su respuesta celebraba, en cambio, como una gran conquista para Prusia: el logro de una verdadera *societas civilis* (cf. E.F. Klein, “Nachricht von den Schlosserschen Briefen...”, o.c., p. 370; y M.Hernández Marcos / D. Canale, “Iusnaturalismo prusiano y codificación. Notas de discusión”, o.c., p. 222)

27 Además el *ALR* en su integridad gozaba de validez primaria para el estamento militar y para *Südproussen*, la provincia polaca recién anexionada en 1793.



derechos y deberes de todos los ciudadanos al margen de sus diferencias estamentales<sup>28</sup>. Desde comienzos del siglo XIX, particularmente con las reformas de Stein y Hardenberg, tendrá lugar por ello un desplazamiento progresivo de los derechos provinciales de los estamentos por leyes de carácter general, que ampliarán o sobrepasarán los preceptos del *ALR*, si bien sólo en las regiones recuperadas por Prusia a partir de 1815 podrá el Estado establecer la validez primaria del código general también en el espacio de las relaciones jurídico-privadas.

Era, efectivamente, en el texto del Código general de 1794 donde los legisladores habían ganado en cierto modo la partida al viejo orden estamental a favor del Estado monárquico absoluto, al deducir las diferencias entre *personas* jurídicas y, por ende, la desigualdad entre estamentos del principio de legalidad formal generado por el *status civilis* y legitimarlas así, no como adquisiciones “naturales”, sino como atribuciones “civiles” desiguales de la ley y de la persona general del soberano. Tal era el significado de la precedencia estructural del *Sachenrecht* (Primera Parte) sobre el *Personenrecht* (Segunda Parte) tanto en el *AGB* como en el *ALR*, en contraste con el *Entwurf*, en el que se seguía el orden inverso<sup>29</sup>. Aquella primera parte del código introducía, sin duda, un orden legal común en la vida social, al vincular la condición de sujeto titular de derechos en el Estado a la igualdad formal ante

---

28 Cf. p. 118, nota 14. Koselleck, o.c., 31, 34-35 ha vislumbrado en este Derecho político especial el punto de inflexión en el que la noción de monarca absoluto es sustituida por la noción de Estado ilimitado como sujeto de la soberanía. Aquí puede hallarse un refrendo de la aspiración a la *legalidad*, que no a la *constitucionalidad* política, profesada por los autores del *ALR* (v. D. Willoweit, “War das Königreich Preussen ein Rechtsstat?”, o.c., pp. 451-464).

29 En este aspecto D. Canale ha señalado, contra las interpretaciones predominantes en sentido contrario, insistentes en el carácter proto-constitucional del *AGB* de 1791 y del *Entwurf*, que el *ALR* es más “avanzado y revolucionario que estos otros códigos”, porque en él, gracias a la imposición de esta sistemática iusnaturalista del derecho civil, se afirma la “soberanía absoluta del monarca contra el dominio del *Personenrecht* o de los *status personarum*” de los estamentos. Asimismo ha sugerido también que la Revolución Francesa –contra lo que se ha sostenido– no fue a este respecto un obstáculo para la codificación absolutista de Prusia sino más bien un “estímulo para su realización”: reforzaba la idea de un poder central y administrativo del Estado, a la vez que servía de ejemplo preventivo para evitar que cualquier estamento –incluida la aristocracia, con su resistencia en Prusia a la codificación del rey– adquiriese “supremacía sobre el soberano” (cf. M.Hernández Marcos / D. Canale, “Iusnaturalismo prusiano y codificación”, o.c., pp. 220-21).



la ley, a la situación general de sometimiento de todos los súbditos a la legislación positiva. Ahora bien, como aquella titularidad civil de derechos privados se definía básicamente en función de la adquisición de cosas y bienes en general, toda esa primera parte estaba dedicada a los mecanismos formales reguladores del *derecho de posesión* y de *propiedad*, sin fijar estipulaciones normativas concretas, estableciendo sólo de manera teórica y propedéutica los modos de adquirir derechos y obligaciones en general en la vida civil<sup>30</sup>. La segunda parte, en cambio, concretaba aquella capacidad jurídico-civil en una diferencia normativa de derechos y deberes en función de las “condiciones personales” de cada sociedad o estamento (*ALR* II, Tit. 6-9), sancionando así, a partir de la igualdad *ante* la ley (cf. *ALR* Introducción, § 22), la desigualdad y pluralidad de sujetos jurídicos reales *por medio de* la ley misma (cf. *ALR* Introducción, § 54 ss.). Los privilegios y derechos especiales de la vieja sociedad estamental quedaban de este modo ciertamente preservados y además fijados como disposiciones legales del Estado, pero también “despolitizados” y devaluados como prerrogativas exclusivamente “privadas”, restringidas al ámbito “socioeconómico”, sin proyección sobre la esfera política<sup>31</sup>, cuyo monopolio por parte del monarca absoluto resultaba asimismo rubricado por el código mismo procedente de su voluntad.

A pesar de esta privación de poder político, la desigualdad jurídico-civil de la sociedad del *ancien régime* quedaba legalizada en el *ALR*, lo cual no dejaba de ser paradójico si se contemplaba el principio de igualdad formal

---

30 Así, en la “Vorerinnerung” del 30 de abril de 1787 con la que se presentaba al público la primera sección del *Sachenrecht*, el Canciller von Carmer decía que este concierne a “todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos del Estado que no les corresponden meramente en virtud de su estamento y de sus circunstancias [*Verhältnisse*] personales” (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, 2.Theil, 1.Abtheilung, Berlin 1787, p. 4; cf. Svarez, *Kurze Nachricht...* (1790), o.c., p. XXXVI). Por su parte, Svarez, en sus *Kronprinzenvorträge*, consideraba el *Sachenrecht* como el ámbito de los “derechos y obligaciones de los ciudadanos del Estado que corresponden a estos en cuanto miembros de la sociedad civil *en general*, y que se refieren principalmente a su patrimonio [*Vermögen*]” (*Vorträge*, o.c., p. 306); por eso relacionaba la legislación del mismo directamente con el fin principal del Estado, a saber, con “la seguridad y el disfrute tranquilo de la propiedad” (ibídem, p. 307). Esta orientación hacia la regulación general del derecho de propiedad ha llevado a la historiografía a ver en esa Primera Parte el rostro “burgués” del *ALR* o incluso la primera codificación burguesa, pasando por alto su carácter meramente propedéutico. Cf. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., pp. 226-230.

31 V. D. Canale, *La costituzione delle differenze*, o.c., p. 238, 244-45.

ante la ley del que se deducía, no sólo como un mero presupuesto teórico sino también como una exigencia normativa, según se desprendía de las Declaraciones, Cartas constitucionales y códigos derivados de la Revolución Francesa. De ahí que las reformas decimonónicas en Prusia, especialmente bajo el efecto napoleónico, se esforzaran por desatar las posibilidades normativas de legalidad común abiertas tanto por el Derecho político especial como sobre todo por las disposiciones generales del *Sachenrecht* para introducir medidas liberalizadoras de la propiedad en detrimento de las prerrogativas feudales y estamentales, la cara aún oscura del *ALR*.



## APÉNDICE

### ALGUNOS TEXTOS SOBRE LA CODIFICACIÓN PRUSIANA



A continuación se ofrece una edición selecta en castellano de algunos textos representativos de la teoría y práctica legislativas que impulsaron el proceso de la codificación prusiana. Los cuatro escritos breves que aquí se traducen, salieron de la pluma del jurista silesio Carl Gottlieb Svarez, artífice principal de la empresa codificadora. Todos ellos son ensayos breves pero íntegros, no fragmentos de tratados u obras mayores, y, por supuesto, textos de carácter narrativo, no documentos legales o de validez normativa. Se ha pretendido así reducir la subjetividad inevitable de toda selección mediante la fidelidad al original completo, la cual impide al menos caer en la posible arbitrariedad de toda reconstrucción fragmentaria, y al mismo tiempo se ha preferido contribuir al conocimiento de la cultura jurídica que animó el proceso codificador antes que al de una norma positiva tan ajena a nosotros como carente ya de vigencia alguna. La traducción va acompañada de una serie de anotaciones aclaratorias a pie de página de índole estrictamente filológico-conceptual o histórica. El orden de aparición de los textos es exclusivamente cronológico.

Los tres primeros ensayos breves corresponden a ponencias de Svarez ante la Sociedad del Miércoles, ese foro privado de debate y deliberación interna, a puerta cerrada, que ofició de laboratorio ilustrado de muchas decisiones políticas de la alta burocracia del Estado prusiano desde su fundación a finales de 1782. El primero de ellos (“¿Hasta dónde pueden y deben abreviarse las leyes?”), que llegó a publicarse en la *Berlinische Monatsschrift* a finales de 1788, constituye de algún modo la respuesta de Svarez a la objeción de excesivo grosor y prolijidad del Código en preparación, hecha por el rey Federico II al recibir el segundo volumen del *Proyecto* el 28 de marzo de 1785. En esa respuesta el jurista silesio plantea por primera vez la idea del doble código: el científico-normativo y el popular. El segundo ensayo (“Sobre el influjo de la legislación en la Ilustración”) retoma la discusión sobre la Ilustración –nunca abandonada del todo por la Sociedad del Miércoles– para abordar en conexión con la codificación dos temas centrales: por un lado, el problema de la censura y la libertad religiosa, un asunto candente a raíz de los célebres Edictos de Religión y de Censura promulgados por el ministro Wöllner en julio y diciembre de 1788; y, por otro lado, el significado ilustrado del nuevo y polémico procedimiento judicial, puesto en marcha en la primavera de 1781. El tercero de ellos (“Sobre el fin del Estado”) se hace

eco de los acontecimientos revolucionarios en Francia y de algunas resoluciones tan polémicas de la Asamblea Nacional Francesa como la abolición de los privilegios feudales el 6 de agosto de 1789, y al calor de ellos plantea la cuestión iusnaturalista y iuspublicista de los fundamentos y fines del Estado mismo desde la perspectiva de la monarquía prusiana, y con ella la de los límites y facultades del legislador en relación con la preservación de los derechos privados, un asunto que afectaba en Prusia particularmente a los derechos estamentales, sancionados tanto por el fallido *Allgemeines Gesetzbuch* de 1791 como por el definitivo *Allgemeines Landrecht* de 1794.

En cuanto al cuarto y último texto (“Breve informe sobre el nuevo código prusiano y el procedimiento para su elaboración”), aparecido anónimo a finales de 1791 en la revista editada por E. F. Klein, los *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten*, pero presumiblemente redactado por C.G. Svarez, constituye quizás el mejor relato sobre la última fase (bajo el reinado de Federico Guillermo II) en la historia de la confección del malogrado Código General Prusiano (el *Allgemeines Gesetzbuch*), recién publicado en el verano de ese mismo año. Pues en ese Informe se proporciona, por un lado, una descripción bastante detallada del procedimiento seguido en la transformación del *Entwurf* (el Proyecto) en el *Allgemeines Gesetzbuch* (el Código General), tanto en lo concerniente a la incorporación de los estamentos al proceso de debate público sobre el Proyecto de Código mediante el envío de *monita* u observaciones críticas, como en lo relativo a la *Revisio Monitorum*, liderada por Svarez con la ayuda de los juristas H. D. Grolmann y C. Ch. Gossler; y, por otro lado, en él se ofrece una síntesis elocuente de los principios conductores de la gran tarea de la codificación desde el comienzo en un intento por presentar la empresa prusiana como modelo prudente y realista de reformismo ilustrado en contraste con el desafío revolucionario de la vecina Francia.

[99] *¿Hasta dónde pueden y deben abreviarse las leyes? (1788)*<sup>a</sup>

Las leyes deben ser breves. Esto es uno de los lugares comunes más habituales en las obras de nuestros escritores antiguos y modernos sobre legislación y ciencia del Estado. Todavía hace poco uno de nuestros conciudadanos dignos y bien pensantes, el Sr. [100] Von Ernsthause**n**<sup>b</sup>, Consejero Secreto de Finanzas, ha incluido entre los requisitos de un Estado bien organizado el tener pocas leyes y breves; y –para referirme a una autoridad aún más honorable-, cuando se presentó al difunto rey, que en paz descanse, la Segunda Parte del Proyecto de Código General Prusiano, él anotó al pie del informe: “Bien, pero es demasiado grueso. Las leyes deben ser breves”<sup>c</sup>. Y, sin embargo, esa parte contenía toda la doctrina de los derechos y deberes de los estamentos de la nobleza, el clero, la burguesía, el campesinado y los comerciantes en apenas la mitad de un abecé.

---

a *Inwiefern können und müssen kurz sein?* Este breve ensayo fue presentado inicialmente por Carl Gottlieb Svarez como ponencia en la Sociedad del Miércoles, supuestamente el 2 de julio de 1788, aunque estaba ya listo el 11 de junio (véase manuscrito *Moehsen Borussica* n<sup>o</sup> 443), y publicado poco después como artículo en la *Berlinische Monatsschrift* 12:2 (Julius-Dezember 1788), 99-112. Hermann Conrad y Gerd Kleinheyer incluyeron la versión de la ponencia en su edición de *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798)*, Köln und Opladen, 1960, pp. 627-633. Aquí nos basamos, sin embargo, en la versión publicada en la *Berlinische Monatsschrift* (versión online: <http://www.ub.uni-bielefeld.de/diglib/aufkl/berlmon/berlmon.htm>), cuya paginación consignamos entre corchetes, y que sólo añade al texto de la ponencia dos notas aclaratorias del propio Svarez: sobre el consejero Ernsthause**n** y sobre el origen de la expresión *Last vieler Kamele* (“carga de muchos camellos”).

b *Nota del autor*: “Véase de él: *Abriss von einem Polizei- und Finanzsystem*, Berlin, 1788, 8”.

[Se trata de Victor Tobias von Ernsthause**n** (1730-1807), que estudió Derecho en Halle y entre otros múltiples cargos burocráticos al servicio del Estado Prusiano en Berlín a lo largo de su vida ocupó el de consejero de finanzas dentro del Directorio General desde 1768.]

c Alusión al *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten* (1784-1788). Cada vez que en este y en los demás textos aquí editados se habla del “Proyecto”, se está haciendo referencia a esta obra.

Es preciso aclarar asimismo que la célebre anotación de Federico II tuvo lugar cuando se le presentó el 28 de marzo de 1785 la Segunda Sección de la Primera Parte de dicho *Entwurf*, relativa a Derechos estamentales (*Personenrecht*), y no –como aparece en el texto– con motivo de la Segunda Parte del *Entwurf* (con sus tres secciones igualmente), la cual se publicó entre 1787 y 1788, cuando el citado rey ya había fallecido.



Es innegable que aquella frase tiene mucho de verdad. Cuando se dan leyes, se hace ciertamente con el propósito de que los ciudadanos del Estado las cumplan. Ahora bien, como muy pocos de entre ellos pueden disponer de tiempo suficiente para su conocimiento y estudio, de ello se sigue naturalmente que cuanto más aumente el número de las leyes, tanto más disminuye la posibilidad de su conocimiento y observancia. Nada es más injusto que juzgar a la gente según leyes que nunca conoció ni estuvo en condiciones de conocer.

[101] No obstante, así como casi cualquier cosa en el mundo tiene sus dos caras distintas, lo mismo ocurre aquí. Que un pueblo que se halla aún en el nivel más bajo de la cultura y habita un territorio estrecho, en cierto modo achaflanado por todas partes, cuya ocupación es la agricultura y la guerra; que no tiene más relaciones con otros pueblos que las que se entablan con las armas en la mano o mediante ellas, y en el cual no hay todavía igualdad o al menos cierta proporción en el reparto de la propiedad, y las artes, las ciencias y el lujo, o bien son del todo desconocidos, o bien están en su primera infancia; en suma, que Roma en la época de los decenviros pudiera funcionar bien con las Doce Tablas de leyes, se comprende fácilmente. Pero imaginemos a Roma bajo los emperadores, cuando su dominio se extendía sobre la mayor parte del globo terráqueo conocido y su única limitación, muy tímida, era que ese dominio tenía por frontera a un lado el Éufrates y al otro el Rin; cuando todos esos países y pueblos innumerables, tan infinitamente diferentes entre sí, fueron puestos en contacto mediante el vínculo de un gobierno común y el intercambio incesante de sus necesidades y abundancia; esa Roma en la cual el lujo y la industria del arte que casi siempre lo acompaña, alcanzaron la cúspide suprema, y en la que el comercio [102] resultaba tanto más pesado y complicado cuanto menos se conocían los medios para simplificarlo y aligerarlo; ahí también se comprende que no bastase el lomo de muchos camellos para transportar las leyes dadas para semejante Estado.

¿Qué hemos de decir entonces al respecto? Es indiscutiblemente un mal que los derechos y deberes de los ciudadanos de un Estado en sus múltiples relaciones, provenientes de la diversidad de los estamentos y negocios, no estén determinados con claridad y certeza, y tenga que abandonarse esta determinación en caso de disputa al parecer del juez. Pues entonces el juez se convierte en legislador, y nada puede ser más peligroso para la libertad civil, máxime cuando el juez es un servidor a sueldo del Estado y el cargo judicial es de por vida o, para emplear una expresión acuñada recientemente, es inamo-

vible. Pero es un mal mucho mayor, y todavía sigue siéndolo, que la recopilación de las leyes crezca hasta convertirse en carga de muchos camellos<sup>d</sup> y, por tanto, se torne imposible que el ciudadano del Estado conozca [103] la norma de sus acciones y sea capaz de seguirla.

Es indudable que ese montón de leyes disminuye ya mucho si se hace un esfuerzo por reducir a ciertos principios generales los preceptos dados para una multitud de casos particulares; si se trata de formular esos principios de manera tan firme, fecunda y prolífica que puedan extraerse de ellos, con ayuda de su mera lógica natural, conclusiones fiables y seguras para los casos particulares; si lo que se desprende de la naturaleza de un cierto tipo de asuntos o circunstancias según los conceptos de un entendimiento humano sano y correcto, no se modifica mediante disposiciones positivas sin extrema necesidad; si, por consiguiente, las excepciones de la regla que fija la ley se restringen tanto como sea posible y se intenta además clasificarlas según los motivos y consideraciones diferentes que las hicieren necesarias, así como situarlas bajo determinados puntos de vista generales; si finalmente también se busca con ahínco la brevedad y la precisión en el lenguaje y la expresión pero de tal modo que ello pueda lograrse sin menoscabo alguno de la claridad y la comprensibilidad común, que son tan esenciales y necesarias. Se ha procedido conforme a este plan en la elaboración del célebre Proyecto de Código General. Para saber hasta qué punto se ha conseguido ese objetivo, [104] se recogen ahora las opiniones del público.

La experiencia ha enseñado, sin embargo, que por este camino no puede llegarse tan lejos como para aminorar y reducir el número de leyes de tal suerte que sea posible su conocimiento, no digo ya a todos, pero sí a la mayoría de los ciudadanos<sup>e</sup>, o al menos a sus clases mejor formadas. Entre todas las objeciones que cabría hacer al Proyecto recién concluido, la menos fundada sería ciertamente la de que contiene demasiadas leyes, y eso a pesar de que la obra consta de más de 130 pliegos. ¿Cómo se puede atraer al ciudadano ocupado en su empleo, en su comercio e industria desde la mañana hasta la noche para

---

d *Nota del autor*: “πολλων καμηλων αχθος – multorum camelorum onus : una expresión habitual, convertida en proverbio, sobre la cantidad monstruosa de leyes romanas antes de la recopilación de Justiniano”.

e Traducimos indistintamente por “ciudadano” tanto *Staatsbürger* (es aquí el caso) como simplemente *Bürger* (siempre que no se refiera en particular al *Bürgerstand* = estamento burgués). En cambio, la expresión *Bürger des Staats*, también usada por Svarez, se traducirá por “ciudadano del Estado”, aunque no suponga un concepto distinto de ciudadano; es siempre el súbdito del Estado, que goza, no obstante, de su orden de legalidad.

que no simplemente haga una vez una lectura rápida de semejante obra, sino que se apropie de su contenido de tal manera que pueda orientar sus acciones según él en los casos que se le presenten?

Todas estas reflexiones llevan naturalmente a la idea de que necesitamos un doble código: uno para los jueces y juristas y el otro para el pueblo en general. Aquél debe contener para todos los asuntos y circunstancias con la máxima compleción posible las disposiciones y reglas capaces de proporcionar decisiones seguras y uniformes para todos los casos que se presenten, si no literalmente (pues esto sería pedir [105] algo imposible), sí al menos gracias a una conclusión a la que se llegue siguiendo reglas filosóficas correctas. Especialmente todo lo positivo, es decir, todo lo que no puede conocerse a partir de la naturaleza de la cosa y del asunto, pero que el legislador estima necesario añadir en virtud de otras consideraciones, debe exponerse en ese código de forma tan nítida y minuciosa que se deje al arbitrio del juez el mínimo espacio posible.

Pero ¿cómo ha de estar redactado el segundo código o código popular? Se comprende por sí mismo que no puede contener disposiciones u ordenanzas diferentes de las de aquella obra más voluminosa, que debe ser, pues, un simple extracto de ella. Pero ¿con qué plan, con qué clase de reglas debe redactarse el extracto? Aquí se abre un campo demasiado amplio para los límites de un tratado como el presente. De buen grado me sirvo de este pretexto para ocultar tras él el sentimiento de insuficiencia de mis fuerzas y arrastrar conmigo, sacándolas de la cosa misma, tan solo algunas reflexiones dispersas sobre esta materia.

1. Las leyes que están destinadas únicamente a una cierta clase de ciudadanos o a ciertos tipos de asuntos entregados en exclusiva a esa clase, no forman parte del código popular. Así, [106] por ejemplo, las disposiciones sobre tasación de daños, préstamos a la gruesa, seguros e incluso el derecho comercial deben quedar fuera del código popular. Tampoco son pertinentes en él las relaciones entre los armadores y los marineros, entre estos y los fletadores, las facultades y obligaciones de los prestadores, etc. De quien se dedica a tal actividad profesional puede exigirse sin injusticia, junto a las restantes disposiciones al respecto, que se familiarice a partir de la compilación legal más voluminosa con las leyes que el Estado ha tenido a bien ordenar para esa actividad. Basta, pues, con que en el código popular encuentre una indicación de que existen tales leyes y dónde tiene que buscarlas.

2. Los asuntos de la vida civil objeto de las leyes son de índole muy distin-

ta. Algunos son de tal condición que se presentan casi a diario y no resulta fácil a un ciudadano del Estado dejar de entrar en ellos, y son además tales que debido a su naturaleza o al rumbo que tomaron una vez las cosas y que se torna habitual, han de resolverse rápidamente y sin rodeos, por lo que conceden poco margen para meditar y reflexionar. Las leyes concernientes a este tipo de asuntos han de estar incluidas en el código popular lo más al completo posible. Pero en los [107] asuntos que se dan sólo de vez en cuando, en los cuales depende en cierta medida del arbitrio de cada uno el meterse o no en ellos, y en los que debido a su importancia las partes están, sin embargo, acostumbradas a tomarse tiempo para la reflexión; ahí las disposiciones del código popular pueden redactarse con mayor brevedad y reducirse mucho más. Puesto que en aquellos asuntos que son por lo común de naturaleza compleja y enrevesada, las disposiciones de las leyes deben ser necesariamente muy precisas y detalladas, iría contra el requisito de brevedad, tan indispensable en un código popular, y sería además del todo inútil para la gran masa de lectores que se quisieran incorporar a él semejantes disposiciones. Es, por tanto, suficiente con establecer nociones claras de tales asuntos y exponer las reglas más generales sobre ellos omitiendo las excepciones, siempre que, por otra parte, se diga al lector que sobre ese asunto existe toda clase de estipulaciones legales específicas y pormenorizadas conforme a las diversas circunstancias y situaciones en las que se presenta, y que, por consiguiente, antes de meterse en similar embrollo, hará bien en obtener información minuciosa, bien de la compilación legal mayor, bien por medio del consejo de expertos.

[108] 3. Ocurre casi lo mismo con aquellas leyes que fijan la forma de ciertas acciones, de la cual han de depender la validez o invalidez de estas o bien otras consecuencias jurídicas determinadas. Así como en general el legislador debe ligar tales acciones propiamente sólo a una cierta forma, cuyas consecuencias no pueden, por así decir, suprimirse en el acto, sino que se prolongan más o menos en el futuro, del mismo modo esta forma ha de ser más o menos ceremoniosa y solemne en función de la amplitud y duración de las consecuencias, así como en proporción a la importancia del objeto. Ahora bien, dado que, siguiendo este principio, los asuntos corrientes y habituales de la vida civil o no están sujetos a forma alguna o tan sólo a una muy sencilla, no habrá tampoco dificultad en incorporar a un código popular las disposiciones relativas a esa forma. En cambio, en actos de naturaleza disputada el ciudadano podrá remitirse inmediatamente y sin vacilar, bien al código mayor, bien a los consultores expertos, o incluso al propio juez si se trata de los

más importantes de esos actos: por ejemplo, en los testamentos, en las instituciones fideicomisarias, en los contratos de venta de grandes terrenos. En mi opinión, el código popular hace en este caso ya bastante con decir [109] al lector solamente esto: para este o aquel contrato u otros asuntos las leyes han fijado cierta forma. Por tanto, debes dirigirte al experto o al juez si quieres emprender semejante acción.

4. Yo incluyo ahí también las leyes que establecen la forma del procedimiento judicial, sobre todo en asuntos jurídicos litigiosos. A este respecto entra en el código sólo cuanto cualquiera debe saber para iniciar una querrela o defensa por la vía legal; además de esto, entran los principios generales prescritos al juez en el curso del procedimiento y de los cuales deben ser informadas las partes, para que puedan distinguir el poder judicial del arbitrio judicial; también las instrucciones sobre las vías abiertas a una parte para presentar en el lugar conveniente, de cara a la inspección ulterior, sus quejas por el proceder de un juez que se desvía de esas reglas fundamentales, o incluso por el contenido de sus decisiones; pero especialmente los así llamados “prejuicios”, es decir, las consecuencias perniciosas que afectan a una parte que no siga esta o aquella indicación de la ley o del juez. Todo lo demás es (principalmente entre nosotros) reglamentación para el juez y, aunque deba estar accesible para su examen [110] y conocimiento más exhaustivo por parte de cualquiera, puede muy bien ser pasado por alto en un código popular.

5. Falta todavía una clase fundamental de leyes, de la cual cabría suponer a primera vista que forma parte al completo del código popular: son las leyes criminales. De hecho nada parece ser más natural que las disposiciones que ha de observar cualquier habitante del Estado para evitar consecuencias positivas desagradables en su cuerpo, bienes y honor, se hagan también públicas para todos de manera tan clara, precisa y general como sea posible. A este respecto asusta, sin duda, encontrar que precisamente en el Proyecto mencionado a menudo, al cual sobre todo sus críticos hasta ahora le han reprochado, en parte con razón y en parte sin ella, su excesiva brevedad y su dejación en demasía al arbitrio del juez, ocupe casi 1.300 párrafos la doctrina de los delitos y las penas. Sin embargo, también aquí me parece que caben aún medidas de abreviación para un código popular sin perjuicio del fin último. Y es que considero suficiente que se indiquen en él sólo las clases de actos prohibidos y en cada clase los tipos principales correspondientes, y que, por otro lado, se expresen los géneros y grados principales de las penas que se siguen de tal o cual delito. Así, por ejemplo, los delitos que dañan al prójimo

en su patrimonio: el fraude común (siempre que esté castigado con penas positivas), la falsificación, [111] el hurto común, el hurto doméstico, el hurto de cosas que deben quedar bajo custodia pública, el hurto violento, el robo. En cambio, las variedades delictivas de toda clase, las circunstancias diferentes que debilitan o refuerzan la moralidad en los delitos, y los matices graduales y más exactos de las penas que resultan de ahí, pueden muy bien quedar fuera del código popular. Sin embargo, todos los casos para los cuales esté prescrita en las leyes la privación de libertad durante diez años o de por vida o incluso la pena de muerte, deberían recogerse en él de manera tan completa y precisa como fuera posible.

6. Una subclase de las leyes prohibitivas contiene las que conciernen a las instituciones fiscales<sup>f</sup> del Estado y prescriben en parte los deberes de los habitantes con respecto al pago de los impuestos públicos, en parte las penas para quienes no proceden en este aspecto correctamente, en parte los artículos de circulación de mercancías cuya exportación o importación está prohibida bajo sanción penal similar. El modo como se debe proceder con la inserción de esta clase de leyes en un código popular, resulta tanto más difícil de determinar cuanto que en su mayor parte se trata de leyes temporales, que se modifican, se suprimen, se amplían y se restringen según las circunstancias. Aquí no conozco [112] más consejo que el de separar de todas las restantes esas leyes fiscales concernientes sólo a ciertos tipos de industrias, ponerlas en una recopilación especial y guardar a tal efecto en suplementos anuales los cambios que se produzcan en ellas de tiempo en tiempo. Del resto de leyes que el ciudadano del Estado debe observar, habría que intentar obtener por abstracción ciertas reglas generales e incorporar solamente estas al código popular, asumiendo, no obstante, por otra parte, el firme principio según el cual un ciudadano del Estado que no haga de cierta clase de actividad industrial su profesión, es imposible que pueda conocer las diferentes leyes sobre impuestos de consumo, de aduanas y de otras formas similares de fiscalidad, de manera que sólo puede exigirse de él cuando se le presente algún caso una cierta noticia verídica de las circunstancias en las que se encuentra en relación con ese caso, teniendo entonces el funcionario del Estado la obligación de informarle al respecto acerca de su proceder, y quedando él mismo a salvo

---

f Para mayor inteligibilidad actual del texto, y aun a sabiendas de que en la época de Svarez ya existía el término *Fiskus* y sus derivados, traducimos las palabras compuestas alemanas que contengan el término *Finanz*, por “fiscal” (o “fiscalidad”) en vez de por “financiero” (o “finanza”). Esto afecta sólo al presente artículo en este último párrafo.

de toda responsabilidad y castigo tan pronto como haya proporcionado esa información.

Finalmente querría confesar también algo sobre el estilo y el tono en el que habría que redactar el código popular. Pero por un miedo fundado a agotar de una vez al lector, quiero reservarme esa confidencia para una futura entrega.

## *Sobre el influjo de la legislación en la Ilustración (1789)<sup>a</sup>*

Que la Ilustración ejerce un influjo muy importante en la bondad y perfección de la legislación, es ciertamente algo de lo que no cabe duda y de ello no necesita prueba alguna una sociedad como la actual. Pero ¿qué ocurre a la inversa, es decir, cómo influye la legislación en la Ilustración?; ¿qué puede y le está permitido hacer a aquella para promover esta última? Sobre esto ya puede decirse algo interesante, si bien yo sólo estoy capacitado para proporcionar algunas ideas sueltas al respecto.

Puesto que la Ilustración tiene que ver principalmente con la formación y el ejercicio de nuestra facultad de pensar, con la orientación de la misma hacia objetos prácticos de utilidad general y con la creación de la habilidad para juzgar en asuntos de este tipo según conocimientos y convicciones propias, mientras que la legislación ha de restringirse en su mayor parte sólo a las acciones externas de los hombres y a la fijación de sus consecuencias jurídicas, por lo cual sólo en casos raros se trata de lo que ha motivado la acción, se desprende que la legislación puede hacer muy poco, inmediata y directamente, para promover la Ilustración. Querer decretar la Ilustración por medio de leyes contiene una contradicción, y ¡pobre de la Ilustración si a un legislador se le ocurre convertirla en objeto mismo de disposiciones favorables!

Con todo, las opiniones y juicios, cuando se manifiestan en discursos o en escritos, en modo alguno se hallan del todo fuera del ámbito de la legislación. Por tanto, en la medida en que esta determina las consecuencias jurídicas de tales manifestaciones, sus disposiciones pueden ser o muy favorables o muy nocivas para la Ilustración. Pero también aquí la utilidad de la legislación para la Ilustración puede ser, y es lícito que sea, más negativa que positiva. Pues así como es justo que el gran principio de cualquier legislador tenga que ser restringir la libertad natural de los hombres unidos en la sociedad civil únicamente en la medida en que lo exija el fin de esa sociedad, a saber, la seguridad externa e interna, del mismo modo cuando el legislador lleva a su

---

a *Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung*. Este breve ensayo constituye el texto de la ponencia presentada por C. G. Svarez ante la Sociedad del Miércoles en la sesión del 1 de abril de 1789 (véase manuscrito *Moehsen Borussica* n<sup>o</sup> 443). Este texto permaneció inédito hasta su publicación por H. Conrad y G. Kleinheyer en la ya mencionada edición de *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1756-1798)*, o.c., pp. 634-638. La traducción que aquí ofrecemos se basa en esta edición.



foro simples declaraciones de juicios y opiniones, este principio ha de aplicarse tanto más cuanto más remota sea proporcionalmente la relación que aquellas guarden con el fin de la sociedad civil. Por consiguiente, *en primer lugar*, él debe entrar lo menos posible en prescripciones positivas al respecto; pero donde no pueda evitarlo por completo, ahí debe establecer, *en segundo lugar*, las limitaciones legales de dichas declaraciones sólo si cualquier transgresión de ellas lesiona realmente de inmediato y sin rodeos la seguridad y paz internas o externas de la sociedad civil. En esto consiste, a mi entender, la diferencia tan importante, pero pasada por alto con tanta frecuencia, entre la legislación de las acciones y la de las meras opiniones y juicios. Las acciones pueden ser restringidas, mandadas o prohibidas, simplemente porque –para expresarme con brevedad– lo exige el bienestar de la sociedad civil, el cual guarda una relación de por sí cierta o al menos altamente probable, aunque sólo mediata y no evidente en seguida, con el fin último de la sociedad: la seguridad. Este es mucho más raramente el caso en las simples manifestaciones de juicios y opiniones, porque siempre que estas no ataquen de manera directa el fin último de la sociedad civil, el legislador nunca puede calcular con un grado suficiente de certeza o al menos de probabilidad el influjo indirecto de las mismas en ese fin, e iría obviamente demasiado lejos si en ese caso tuviera en cuenta sólo meras posibilidades.

Siendo correctas las proposiciones precedentes sobre la legislación en su conjunto, lo son aún más cuando se trata de la legislación general. Ciertamente pueden darse circunstancias en las que el legislador tenga o al menos presuma tener razones de gran peso para poner límites más estrictos de los que permite esa teoría general a la manifestación de juicios y opiniones sobre determinados asuntos. Desde esta perspectiva creo que cabe defender incluso leyes que parecen contener restricciones extraordinarias de la libertad en este aspecto, pero sólo como simples leyes temporales<sup>b</sup>. Pero la legislación gene-

---

b Svarez toca aquí, y en esta primera parte de la ponencia, uno de los temas candentes del momento, tras el nombramiento de Wöllner como ministro de culto y asuntos religiosos el 3 de julio de 1788: el de la libertad de expresión y, en particular, la libertad religiosa. En este lugar parece ciertamente justificar el célebre Edicto de Religión del 9 de julio de 1788, pero sólo como una “ley temporal” bajo circunstancias extraordinarias. Para un defensor de la libertad de conciencia como Svarez (recuérdese lo dicho en nuestro cap. 2 sobre la estructura dualista de la existencia social), ese Edicto de Wöllner contra la tolerancia religiosa en nombre del dogma luterano, no podía tener otra justificación “extraordinaria” –así trataba de mitigar su alcance la Orden de Gabinete del 19 de diciembre de 1788– que la de regular el culto protestante conforme a sus símbolos y a los principios

ral, cuya tarea consiste en establecer principios firmes, seguros y duraderos sobre el derecho y la injusticia, y que especialmente en un Estado carente de una auténtica constitución fundamental<sup>c</sup> debe en cierto modo ocupar su lugar; la legislación, en suma, que ha de contener para el legislador mismo reglas que no le es lícito contravenir ni siquiera con meras leyes temporales, la que puede permitirse el plan glorioso de fomentar el bienestar no sólo de las generaciones actuales sino también de las futuras; esa no puede ni le es lícito detenerse en todas esas consideraciones secundarias sobre necesidades o circunstancias temporales. Su espíritu y sus principios deben constituir en cierto modo la fortaleza en la que pueda recluirse la libertad perseguida por leyes temporales y de la que pueda regresar luego, en circunstancias más propicias, para recuperar sus derechos dañados con vigorosa energía.

Permítaseme ilustrar la teoría recién expuesta con algunos ejemplos sacados del Proyecto de nuestro Código.

Hasta ahora lo más habitual ha sido tener por objetos de la legislación las opiniones sobre materias religiosas y sobre ordenanzas e instituciones en el Estado. Con respecto a las opiniones religiosas el Proyecto contiene las disposiciones siguientes: Véase Parte I [Sección II]<sup>d</sup>, Tit. VI, §§ 1, 2, 3, 9, 10, 35, 45, 59.

---

sancionados por el Estado frente a la amenaza que representaba, entre otras, la fe soci-niana. Menos incómodo parecía, sin embargo, sentirse Svarez con el Edicto de Censura del 19 de diciembre de 1788, al que no parece concederle, al menos en su mayor parte, el estatuto provisional de una “ley temporal”, sino el más duradero de una “ley general”, en la medida en que servía para impedir la difusión de opiniones deslegitimadoras del Estado prusiano y de sus cimientos morales, así como para atajar la sátira maliciosa, desvergonzada e irreverente, tal como se contemplaba en el *Entwurf* I, Secc. III, Tit. VIII, § 146 [citado más adelante]. Acerca de esta posición matizada de Svarez con respecto a ambos Edictos v. Stölzel, o.c., pp. 260 ss.

c El término *Verfassung* (o, en este caso, *Grundverfassung*) se traduce aquí y en los restantes artículos por la palabra castellana con minúscula inicial “constitución”, para distinguirlo del término *Konstitution*, que verteremos por “Constitución” (con la inicial en mayúscula). La diferencia conceptual en esa época es la siguiente: mientras que *Verfassung* alude al ordenamiento jurídico, político y consuetudinario en su conjunto vigente en un país, o a uno de sus ámbitos (p. e., *Finanzverfassung* = estructura o constitución financiera o fiscal), sin presuponer una legislación jurídico-positiva y aún menos unitaria del mismo, *Konstitution* se dice exclusivamente de una Carta Constitucional en sentido moderno, es decir, otorgada positivamente por la voluntad del legislador, como, p. e., la Constitución Francesa de 1791.

d Hacemos nuestra la corrección de Conrad-Kleinheyer: la referencia no corresponde a la Segunda Parte del Proyecto, sino a la Sección II de la Primera Parte (*Entwurf eines*

Yo creo que estas disposiciones resistirán la prueba de la teoría precedente. Algunas de entre ellas, como, por ejemplo, las de los §§ 1, 2, 35<sup>e</sup>, parecen ser tan claras, en parte de por sí, en parte en consideración del momento en el que fueron aceptadas, y comprenderse por sí mismas tan bien que se les ha hecho el reproche de ser superfluas. Pero si se vuelve a pensar en el fin de la legislación general que indiqué antes, difícilmente se podrá desaprobar que tales disposiciones se fijen y se hagan explícitas. Las restricciones de la libertad de expresar opiniones religiosas que contienen los §§ 9, 10<sup>f</sup>, son de tal índole que no pueden transgredirse sin atacar directamente el fin último de la sociedad civil. También cabe esperar que la ley prohibitiva del § 59<sup>g</sup> no parezca demasiado severa si se tiene en cuenta que la ley considera a los clérigos funcionarios del Estado y sólo exige de ellos, desde esta perspectiva, que cumplan en el desempeño de su cargo el reglamento que les ha sido dado con tal fin. No obstante, reconozco de buen grado que sobre este párrafo pueden recaer aún la mayoría de las amonestaciones<sup>h</sup>,

---

*allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Theil I, Abtheilung II, Berlin / Leipzig: George Jacob Decker, 1985). Y el Título VI de esa Sección versa “Sobre los derechos y deberes de las sociedades religiosas”.

e Son artículos relativos a la libertad de conciencia religiosa: “§ 1. Las nociones de los habitantes del Estado acerca de Dios y de las cosas divinas, la fe y el culto divino interno no son objeto de leyes coactivas. § 2. Cualquier habitante del Estado debe disfrutar de plena libertad de fe y de religión”. Y “§ 35 Ninguna sociedad eclesial está facultada para imponer a sus miembros leyes de fe contra su convicción”. Estos artículos quedaron recogidos literalmente, sin alteración alguna, en el *ALR II*, Tit. XI, §§ 1, 2 y 45 respectivamente.

f “§ 9. Toda sociedad eclesial está obligada a infundir en sus miembros respeto a la divinidad, obediencia a las leyes, fidelidad al Estado y buenas disposiciones [Gesinnungen] morales. § 10. Los principios religiosos que se opondan a esto no deben enseñarse ni difundirse en el Estado.” Estos párrafos se reproducen, sin alteración alguna, en el definitivo *ALR II*, Tit. XI, §§ 13-14.

g “§ 59. En sus discursos públicos los clérigos no deben introducir nada que, para escándalo del pueblo llano, contradiga abiertamente las nociones básicas de su partido religioso”. Se recoge luego el mismo precepto, aunque no con la misma letra, en el *ALR II*, Tit. XI, § 73.

h Alusión al proceso público de expresión de opiniones sobre el Proyecto de Código en forma de admoniciones u observaciones críticas (*monita*, *Erinnerungen*), abierto inicialmente sólo a los intelectuales o expertos y a los colegios de justicia por la publicación del primer volumen del *Entwurf* (véase su “Vorerinnerung” del 24 de marzo de 1784) y extendido posteriormente también a todos los estamentos por la Orden de Gabinete del 27 de

pero una discusión del mismo me llevaría mucho más allá de los límites de la presente ponencia.

Menos preciso y suficiente me parece lo que prescribe el Proyecto acerca de la expresión de opiniones y juicios sobre ordenanzas e instituciones del Estado. Véase [Primera Parte] Sección III, Tit. VIII, § 146<sup>i</sup>. En sí nada habría ciertamente que observar contra ese párrafo. Que la legislación tiene el derecho a prohibir la crítica descarada e irrespetuosa de las constituciones territoriales y ordenanzas del Estado mediante la cual se provoca el descontento y la insatisfacción de los ciudadanos con el gobierno, es, sin duda, exacto, pues mediante *tales* declaraciones se atenta ciertamente contra el fin último de la sociedad civil. Ahora bien, las precisiones que figuran en este párrafo no me parecen del todo adecuadas. No considero un error que no se haya tenido en cuenta la razón o sinrazón de la crítica. Pues si la crítica está bien fundada, entonces es que quien ha dictado la ordenanza ha merecido, sin duda, la censura. Pero el crítico mismo no tiene por ello ya el derecho de perturbar la paz<sup>j</sup> y seguridad de la sociedad civil mediante su difusión. Sin embargo, la ley parece, por un lado, pedir demasiado cuando para considerar prohibida

---

agosto de 1786. Traducimos, por tanto, los términos *monita* o *Erinnerungen* y *Monenten* por “admoniciones” o “amonestaciones” y por “monitores” respectivamente para recoger en las correspondientes palabras castellanas el sentido etimológico latino que salvaguardan esos vocablos germanos.

i Alusión al tercer volumen del Proyecto, que contiene exactamente la Sección Tercera de la Primera Parte (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Theil I, Abtheilung III, Berlin / Leipzig: George Jacob Decker, 1986). Esa sección trata “De los derechos y deberes del Estado para con sus ciudadanos y habitantes”, y el Título VIII, con el que se cierra el volumen, se centra en cuestiones penales y lleva por título “De los derechos y deberes del Estado para prevenir y castigar los delitos”. El § 146 al que se refiere aquí Svarez pertenece al capítulo 4 (“De los delitos mediante los cuales se perturba el orden, la paz y la seguridad interna en el Estado”), y dice así: “Quien mediante la crítica descarada e irrespetuosa de las constituciones territoriales y ordenanzas en el Estado provoca el descontento y la insatisfacción de los ciudadanos con el gobierno, merece una pena de cárcel o prisión de seis meses a dos años”. El mismo precepto y con la misma pena se recoge luego en el definitivo *ALR* II, Tit. XX, § 151.

j Se traduce *Ruhe* por “paz”, término que recoge actualmente en castellano el sentido político del vocablo alemán mejor que el de “tranquilidad”, carente hoy casi por completo de ese significado político, aunque este último término sería el más adecuado desde el punto de vista filológico e histórico, ya que se hace eco de la palabra latina *tranquillitas*, en la cual, en cuanto *tranquillitas publica*, se cifraba por lo general en la época de la Ilustración el fin del Estado.

la crítica de ordenanzas e instituciones públicas exige reunir dos condiciones distintas, a saber: 1) que sea descarada e irrespetuosa; 2) que produzca realmente las consecuencias perniciosas apuntadas. Lo ilícito de la declaración se cifra así en sus consecuencias, y puesto que el crítico no puede saber de antemano si esas consecuencias, sin las cuales la ley ni siquiera da por punible la declaración misma, se derivarán o no de esta, no parece que dicha ley pueda tener solución. Mas, por otro lado, si lo que pretendiese fuera separar del concepto de lo ilícito las consecuencias de la declaración y limitar así ese concepto al tipo de crítica, entonces podría abusarse demasiado fácilmente de la ley para reprimir la libertad, ya que las expresiones *descarado e ilícito* son muy relativas y vacilantes. Quizás sería mejor declarar ilícita la crítica descarada e irrespetuosa en general, y decretar luego penas positivas sólo si se derivan de ella realmente las consecuencias perniciosas indicadas.

Estoy interrumpiendo, no obstante, mi discurso por un detalle que tal vez pueda tener muy poco interés para la sociedad, y, puesto que estimo en general demasiado amplia la materia relativa al influjo de la legislación en la Ilustración para ser abordada siquiera sólo en sus aspectos más importantes en una sola ponencia como esta con algún grado de compleción, pido, por último, permiso para poder contemplarla todavía desde un aspecto que al menos llama la atención. Pues creo que la forma vigente del procedimiento judicial en los procesos es muy favorable para la Ilustración. Dado que ahora compete al juez averiguar los hechos que originan un proceso, en todas sus conexiones y según todas las circunstancias, de las que en virtud de las leyes emanan derechos u obligaciones, él ha de acostumbrarse por ello necesariamente más que en caso contrario a pensar por sí mismo. Esto debe ser tanto más cierto cuanto que la ley lo abandona en este cometido al uso propio de su entendimiento y capacidades, y se conforma con someterlo, por un lado, a un control constante en su proceder y con asegurar, por otro lado, a las partes contra meras arbitrariedades. Antes el juez era simplemente una máquina en aquella parte del proceso que concernía a la instrucción, y sólo después, cuando elaboraba la sentencia, tenía a veces aún ocasión de ejercer su facultad de pensar. Ciertamente incumbía, por el contrario, a los abogados esforzarse por la averiguación del hecho. Pero esta labor pudo realizarse por regla general sólo con parcialidad, y en ella se ejercitaron el ingenio y la imaginación más que la razón genuina. También sobre las partes –pienso– debería tener un influjo beneficioso para la Ilustración el actual procedimiento jurídico. Dado que ellas asisten al desarrollo de sus propios asuntos y pueden seguir ahí al

juez en cada paso, puesto que estos pasos se ajustan únicamente a las reglas del sano entendimiento del hombre, de manera que la parte, cuando se ha formado en alguna medida su propia opinión, puede conocer y juzgar fácilmente las razones de por qué ocurre esto o aquello, y puesto que el interés que cada una tiene en el asunto debe mantenerla necesariamente atenta al curso y despliegue del mismo; de todo ello surge realmente una práctica de pensar por sí mismo, y de este modo se le ha abierto a la Ilustración un campo, en el cual ella era hasta ahora completamente desconocida. De hecho, esta observación parece confirmarse también por experiencia. Pues ciertamente nunca se ha razonado tanto –y, por supuesto, tampoco se ha razonado tan mal<sup>k</sup>– entre el gran público sobre ordenamiento procesal, legislación y materias afines como en la década que toca a su fin.

Me acuerdo, no obstante, de mi promesa de no retener por más tiempo a la Sociedad, y por eso acabo con el deseo de haber dado al menos ocasión para discusiones instructivas por medio de esta disertación.

---

<sup>k</sup> Traducimos por “razonar mal” el neologismo de origen francés *deräsonnieren*, que Svarez introduce aquí.

### *Sobre el fin del Estado (1791)*<sup>a</sup>

Las materias de Derecho Político General han sido ya desde hace algún tiempo objeto de nuestras conversaciones en la Sociedad, y creo que son especialmente convenientes para ella, sobre todo en nuestro período actual, ya que no sólo lo que sucede a nuestro alrededor y junto a nosotros<sup>b</sup> dirige nuestra atención, como es natural, hacia tales temas, sino que a cualquiera de nosotros debe importarle, en función de las diferentes situaciones y circunstancias en las que se encuentre ya ahora o en las que pueda colocarse todavía en el futuro, ponerse de acuerdo con su corazón y entendimiento acerca de determinadas verdades generales de esta especie para saber según qué principios ha de orientar su conducta en los casos que se le presenten, hasta dónde ha de seguir la corriente de las opiniones u oponerse enérgicamente a ella, o si puede dar a esa corriente esta o aquella dirección.

Espero, pues, merecer el perdón de ustedes si les propongo para hoy como objeto de nuestras discusiones otra vez una materia semejante. Por muy sagaces que fueran las razones con las que últimamente uno de nuestros dignos miembros pretendió sostener que el derecho del poder civil supremo en el Estado ha de derivarse de la obligación moral de hacer todo lo que fomenta nuestra felicidad, y que, por tanto, el más sabio y el mejor, si a la vez es el más

---

a *Über den Zweck des Staats*. Este breve ensayo corresponde a la ponencia de C.G. Svarez ante la Sociedad del Miércoles en la sesión del 19 de enero de 1791. El texto ha permanecido inédito hasta su publicación por H. Conrad y G. Kleinheyer en su edición ya mencionada sobre *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798)*, o.c., pp. 639-644. La traducción que aquí ofrecemos se basa en esta edición.

b Svarez tiene presente aquí los acontecimientos revolucionarios de Francia para justificar la pertinencia de volver a tratar un tema de Derecho Político General o Teoría del Estado (la conocida disciplina moderna del *ius publicum universale*) en el marco privado de la Sociedad del Miércoles: el de los fines de la sociedad civil y del Estado, un tópico dieciochesco del que participaba sobre todo la cultura iusnaturalista y política de Wolff y su heterogénea escuela. Sin duda, los sucesos políticos de Francia marcaron en buena medida los temas de debate de la Sociedad entre finales de 1789 y 1793; incluso la discusión interna, por ejemplo, sobre las resoluciones de la Asamblea Nacional Francesa del verano-otoño de 1789 se trasladó al espacio público con la publicación anónima por parte de E.F. Klein de la serie de diálogos que conforman su libro *Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung* (Berlin/Stettin, 1790), en los cuales diferentes personajes encarnan las posiciones de algunos miembros destacados de la Sociedad en las diversas cuestiones morales, jurídicas y políticas tratadas.

fuerte, está facultado para forzar a los demás hombres a seguir obligatoriamente sus disposiciones orientadas al bien de todos ellos<sup>c</sup>, nosotros, sin embargo, que yo recuerde, hemos quedado, por una mayoría de votos bastante considerable, en que los derechos del Estado no pueden derivarse de forma adecuada de esa fuente, sino que hay que buscar la base de su surgimiento en el así llamado contrato civil, en virtud del cual muchos hombres particulares o familias se han unido en una sociedad civil y se han sometido a un poder supremo común para lograr el fin de su asociación bajo la dirección y guía de esta autoridad.

Así pues, yo doy aquí por descontado ese contrato civil, ya que sería en parte inútil, en parte demasiado ajeno a mi propósito actual querer repetir o reforzar las razones a favor de su existencia.

La cuestión de la que se trata ahora para mí, es, por tanto, sólo esta: ¿Cuál es el fin para cuya consecución debe suponerse que se ha hecho este contrato civil?

Recuerdo haber oído a menudo en nuestras discusiones anteriores que a esta cuestión se ha respondido diciendo que el fin del Estado es únicamente la seguridad de las personas y de la propiedad frente a los perjuicios y perturbaciones externas, de lo cual se ha sacado luego la conclusión de que el Estado tiene un derecho a restringir la libertad natural de sus ciudadanos sólo en la medida de lo necesario para asegurar a cada uno la posesión y disfrute de lo Suyo en paz. Precisamente este principio ha sido también afirmado y defendido en las recientes deliberaciones sobre la Constitución Francesa por los mejores escritores de esa nación, y parece en efecto que la Asamblea Nacional la ha aceptado como la norma única o al menos la principal de cara a su legis-

---

c Svarez parece referirse aquí a un debate interno previo sobre si el fundamento último del Estado es el deber moral de felicidad que haría suyo el monarca absoluto (paternalismo político), o la seguridad jurídica de la libertad y la propiedad que emanaría del contrato civil (liberalismo político). Es difícil saber, a falta de documentación sobre aquellos debates, qué miembro de la Sociedad defendió abiertamente la primera posición, y tampoco los diálogos de *Freyheit und Eigenthum* dejan traslucir nada al respecto. El tema era, en cualquier caso, de candente actualidad, como lo mostraba la polémica reciente de E. F. Klein con el “filósofo popular” Christian Garve (*Abhandlung über die Verbindung der Moral mit der Politik*, 1788), quien había reducido la tarea política del príncipe a deberes de benevolencia. La postura de Svarez e incluso de Klein en ese asunto –como se desprende de esta ponencia– no era tampoco unívoca y menos decididamente liberal: con respecto al tema del fin último del Estado se apostaba por una vía intermedia entre la seguridad de los derechos privados y el bienestar colectivo.



lación. Yo concedo asimismo de buen grado que la seguridad de la persona y de la propiedad viene a ser el fin primero y más inmediato de las asociaciones políticas, puesto que es sumamente probable –yo incluso diría que cierto– que la sensación de los males y peligros múltiples a los que cada uno está expuesto en el estado de naturaleza por falta de protección y seguridad frente a toda clase de perjuicios en sus bienes innatos y adquiridos, puede haber inducido inicialmente a los seres humanos a formar asociaciones políticas y a depositar en cierto modo las fuerzas unidas de la sociedad entera en las manos del gobernante, para que la visión y el peso de semejante masa unida de fuerzas, la cual está ahí para proteger a cada individuo y puede ser puesta en marcha para ese fin en cualquier momento, puedan disuadir a todos, dentro y fuera de la sociedad, de las ofensas y agravios de sus miembros.

Concedo además que este principio es suficientemente fructífero para deducir de él y establecer la mayor parte con mucho de todos los derechos y deberes entre el gobernante y los súbditos, máxime cuando *lo Suyo* de cada uno que el Estado debe proteger se toma en el sentido más amplio, dentro del cual se incluye, entre otras cosas, también el libre uso y la formación de las fuerzas y capacidades de cada uno, tal como cualquiera tiene a bien hacerlo de cara al fin de su felicidad o perfección según su propio entender y convicción. Incluso el derecho del Estado a fijar las señales y signos distintivos por los que debe conocerse y juzgarse si se ha adquirido o perdido cierto derecho de propiedad o cualquier otro derecho, se sigue de este principio de forma enteramente natural, ya que si el Estado ha de proteger a cada uno en lo Suyo, debe remediarse la falta que se da en muchos casos, de fundamentos naturales de determinación por los cuales quepa conocer lo que forma parte de lo Suyo de este o aquel hombre, por medio de las disposiciones positivas aceptadas universalmente. Asimismo del fin de la conservación de la paz y seguridad generales se desprende el derecho del Estado a fijar reglas generales para los casos de colisión cuando los deseos y aspiraciones de varios hombres a mantener o adquirir un mismo bien concurren de tal suerte que sólo uno de ellos puede lograr el fin pretendido por todos, ya que según esas reglas uno debe ir siempre a la zaga del otro. Y también se desprende de ahí el derecho estatal a quitar del paso mediante tales reglas las ocasiones de disputa y desavenencia entre los miembros de la sociedad civil. Igualmente aquellas ordenanzas del poder supremo en el Estado con las que se obliga a sus ciudadanos y en caso necesario se les coacciona a ser activos mediante donaciones u obras para el bien común, cabe defenderlas y justificarlas perfectamente a partir de aquel

fin, en la medida en que ellas se proponen de hecho mantener y consolidar el vínculo que une a todos los ciudadanos del Estado entre sí y con el gobernante, ya que del mantenimiento de esa unión depende necesariamente la conservación de la paz y seguridad de cada uno de los individuos.

Pero aun así dudo mucho de que pueda bastar con poner el fin del Estado simplemente en la protección y en la defensa común frente al menoscabo de la propiedad y de los derechos del individuo y, por tanto, con no dar por válida ninguna facultad del poder supremo en el Estado que no pueda deducirse de una manera u otra de este único fin. Encontramos, en efecto, en cualquier Estado bien organizado una cantidad de ordenanzas y actuaciones del poder supremo a las que todos nos sometemos sin protesta alguna e incluso con regocijo, sin considerar siquiera su tendencia a transformar, no para el bien de todos sino de ciertos miembros particulares del Estado, deberes imperfectos en perfectos, simples facultades morales en derechos coactivos. O con otras palabras: en cualquier constitución política, hasta en la más perfecta, hay leyes que nos obligan a promover activamente el bien de otros seres humanos particulares, algo a lo que, sin embargo, no podemos ser coaccionados de ningún modo según el derecho de la naturaleza. Así, por ejemplo, tenemos leyes que obligan a los padres a cuidar no sólo de las necesidades físicas de sus hijos mientras no puedan bastarse a sí mismos, sino también de su educación y formación moral; las que obligan a los hijos a alimentar y mantener a sus padres indigentes y desamparados; o las que obligan a un ciudadano a asumir la custodia tutelar de los hijos menores de edad de otro; en fin, todas las leyes que exigen a los ciudadanos ciertas contribuciones para el sustento de los asilos de pobres, pertenecen a esta misma clase, la cual podría incrementarse fácilmente con una gran cantidad de ejemplos. ¿Queremos reprobamos todas estas leyes como restricciones de nuestra libertad natural contrarias a derecho, no basadas en el fin del Estado? No podemos negar que todas ellas, si están redactadas con sabiduría y moderación, contribuyen muchísimo a promover el bienestar de un Estado y a aumentar la suma de la felicidad civil. ¿Cómo podríamos, por tanto, hacerlas pasar por errores en la constitución política –pues esto deberían ser si no estuviesen fundadas en el fin del Estado? Por la misma razón por la que se supone que el hombre, al entrar en el Estado, ha querido y podido renunciar al derecho natural a defenderse por su propia fuerza en la posesión y disfrute de lo Suyo y a ser su propio juez en los casos de colisión que se presenten, ¿por qué no habría de suponerse por esa misma razón que tam-

bién ha querido y podido obligarse, al pasar al Estado, a acciones mediante las cuales se fomenta activamente el bien de conciudadanos particulares? Es ciertamente indiscutible que tales acciones con las que el ser humano hace felices a otros *motu proprio*, al final siempre redundan también en beneficio de la promoción de la propia felicidad, y la felicidad era obviamente el fin supremo por el que el hombre abandonó su independencia natural y pasó a la sociedad civil.

Por otro lado, tampoco puede negarse que la proposición: “es fin del Estado obligar coactivamente a sus ciudadanos a acciones de promoción activa del bien de conciudadanos particulares”, tomada con esta amplitud, parece llevar consigo en sí misma una contradicción, y que ella es extremadamente peligrosa para la libertad civil. Las virtudes impuestas por leyes dejan de ser virtudes, pierden todo su valor, y se suprime toda la moralidad que se quiere promover cuando se pretende someterla a la coacción de las leyes. Siempre queda, por supuesto, distinguir en la cosa misma si la acción de benevolencia se ejecuta simplemente por motivos morales o por el temor a la sanción punitiva de la ley. Pero al final se pierden del todo los motivos del primer tipo porque los últimos causan una impresión más sensible e instantánea, de modo que finalmente todos acabamos convirtiéndonos en chinos, los cuales son extremadamente corteses justo porque allí la cortesía se impone a bastonazos, aunque no titubean a la hora de delatar y engañar según su deseo allí donde saben que pueden hacerlo, al mismo hombre al que a menudo han honrado con las más profundas reverencias. Si se reconoce sólo una vez a nuestros gobernantes y servidores públicos la legitimidad de ordenar acciones moralmente buenas por medio de leyes, entonces tendremos pronto una legislación *à la chinoise*, toda vez que cabría esperar de ello una abundante entrada de fondos para las arcas públicas por delitos y penas.

Así pues, es ciertamente muy difícil adoptar en este tema una medida correcta, que, por un lado, no ate demasiado las manos al Estado, pero, por otro lado, evite asimismo los abusos preocupantes de las restricciones innecesarias y, por ende, también injustas de la libertad natural.

Si tuviera que hacer propuestas acerca de cómo podría trazarse de la manera más segura ese camino intermedio, valdrían al respecto las siguientes proposiciones:

El Estado está legitimado para fundar instituciones mediante las cuales puedan despertarse, mantenerse y reforzarse en los ánimos de sus ciudadanos los motivos morales para el cumplimiento de los deberes de benevolen-

cia. De ellas forman parte todos los centros de educación e instrucción y en general todo lo que resulta beneficioso para fomentar la verdadera Ilustración.

El Estado está legitimado para exigir, de cara a la fundación y mantenimiento de tales instituciones, aportaciones de aquellos de sus ciudadanos que puedan hacer uso de ellas. Pues *ius ad finem dat ius ad media*.

Él está legitimado para transformar en deberes coactivos por medio de leyes aquellos deberes imperfectos de los que cabe prever con certeza convincente que su no cumplimiento o bien impediría inmediata y directamente el logro del fin principal de la unión política o bien tendría como consecuencia la disolución de la unión de la sociedad civil.

Si es posible emplear las fuerzas y capacidades de un ser humano para fomentar la felicidad de otro de tal modo que aquel no resulte por eso impedido en absoluto para usar libremente de ellas de cara a la promoción de su propia felicidad, entonces el Estado está legitimado para ordenar semejantes intervenciones.

Confieso que esta última proposición suena algo demasiado especulativa y yo mismo no tengo aún claro si un caso de este tipo puede existir realmente. Por tanto, pido encarecidamente consejo al respecto, del mismo modo que lo aguardo con curiosidad acerca de este somero ensayo, cuyo objeto es, sin embargo, muy importante para el Derecho Político General y para la teoría de la legislación.

[XIII] *Breve informe sobre el nuevo código prusiano  
y el procedimiento para su elaboración (1791)*<sup>a</sup>

En el primer volumen de estos *Anales* el editor ha dado a conocer al público un informe del procedimiento seguido en la elaboración del Proyecto del Código General Prusiano<sup>b</sup>. Dado que actualmente el Código mismo ya está publicado<sup>c</sup>, quizás no desagrade al lector saber con qué plan se ha confeccionado esta importante obra y qué método se ha observado en la refundición del Proyecto que le sirvió de base.

A raíz de la Orden de Gabinete del 27 de agosto de 1786 se advierte que además de las invitaciones cursadas ya anteriormente a los sabios nacionales y extranjeros y a los colegios territoriales de justicia, también deberían ser oídas en cada provincia [XIV] las admoniciones y observaciones sobre el Proyecto de algunos varones de origen estamental que contasen con el correspondiente conocimiento de causa.

Con el fin de lograr de forma más segura el propósito perseguido por el monarca con esa disposición y evitar toda confusión en este asunto, los monitores<sup>d</sup> estamentales tuvieron que dividir sus observaciones en dos capítulos

---

a *Kurze Nachricht von dem neuen Preussischen Gesetzbuche und von dem Verfahren bey der Ausarbeitung desselben*. Este artículo apareció anónimo en la revista editada por E. F. Klein, los *Annalen der Gesetzgebung und der Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* vol. 8 (1791), pp. XIII-XXXVIII. No obstante, se ha atribuido por razones bien fundadas a C. G. Svarez. Nuestra traducción se basa en la edición digital del texto original hecha por la Universidad de Bielefeld (ahí se atribuye, por cierto, a E.F. Klein, sin explicación alguna) y disponible en la siguiente página web: <http://www.ub.uni-bielefeld.de/diglib/aufkl/angesetz/angesetz.htm>. Hemos incluido la paginación original entre corchetes.

b Ese informe, obra de E.F. Klein, rezaba así: “Kurze Geschichte der Gesetzgebung in den Preussischen Staaten seit dem Anfange der Regierung Friedrich Wilhelm des Zweiten”, *Annalen der Gesetzgebung und der Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* vol. 1 (1788), pp. XXXIII-LVI. Y como apéndice añadía, entre otros documentos, la *Cabinetsordre* del 27 de agosto de 1786, a la cual se alude a continuación en el texto.

c Se trata del *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, Berlin: Königl. Hofbuchdruckerei, 1791. El Código apareció en junio de 1791, pero su entrada en vigor, prevista para un año después, el 1 de junio de 1792, se aplazó *sine die*. Como es sabido, se llevó a cabo una revisión del mismo que condujo al definitivo *Allgemeines Landrecht* del 5 febrero de 1794.

d Sobre la traducción de los términos *Monenten* y *monita*, véase pp. 146-147, nota

separados: en uno debían presentar las admoniciones que pudieran dirigirse contra el Proyecto en cuanto base del código subsidiario que sustituye al así llamado derecho común; en el otro capítulo, en cambio, sólo debían recogerse aquellas observaciones que se refiriesen a las constituciones y derechos provinciales. Si el capítulo anterior tenía que usarse para la tarea actual, las observaciones del último tipo debían, por el contrario, quedar en suspenso hasta la elaboración de los códigos provinciales, que se emprendería inmediatamente después.

Los estamentos de las diferentes provincias prusianas han aprovechado esta colaboración suya en la gran empresa de la legislación, aunque no en todas partes en la misma medida.

En la mayoría de las provincias los monitores elegidos por los estamentos han entregado [XV] sus admoniciones al colegio territorial de justicia, y los colegios, tras haber deliberado detenidamente sobre ellas, han remitido al Sr. Canciller todas las observaciones junto con los protocolos de las reuniones mantenidas.

De otras provincias han llegado observaciones sólo de diputados particulares de los estamentos o también de círculos aislados, y los estamentos se han reservado, en parte expresa, en parte tácitamente el derecho a proponer las eventuales excepciones o precisiones minuciosas que requiera la constitución propia y especial de su provincia, una vez que el código subsidiario general haya sido promulgado.

Dado que en el Proyecto figuran asimismo diversas materias concernientes a asuntos de la policía general del país<sup>e</sup> o a derechos del fisco, se ha solicitado al Directorio General<sup>f</sup> que incluya las observaciones de las Cámaras sobre

---

“h”, en la cual también se informa de las dos fases de apertura del Proyecto de Código al público: la de marzo de 1784, restringida a los intelectuales y expertos y a los colegios de la administración de justicia, y la de agosto de 1786, que la amplía a los estamentos. El plazo máximo fijado para la presentación de *monita* fue el 1 de abril de 1789.

e La institución de la Policía (*Polizei*) en el siglo XVIII, y particularmente en Prusia, cumplía más funciones públicas que las estrictamente punitivo-represivas y preventivas del delito que tiene actualmente. Abarcaba ciertamente el ámbito del orden y la seguridad públicas, dentro del cual asumía la labor de prevención, persecución y represión del crimen y la delincuencia, incluida también la censura, pero tenía también atribuciones relacionadas con la promoción del bienestar colectivo: de asistencia social (educación y cultura, sanidad, asistencia a indigentes o afectados por catástrofes naturales...) y de control y activación de la vida económica (industria y comercio).

f El *General-Directorium*, creado en 1723 por Federico Guillermo I, era el órgano

estas materias<sup>g</sup> y las comunique, junto con las suyas propias, para que sean debidamente consideradas de cara a la refundición del Proyecto. Esta solicitud ha sido atendida con la diligencia y el celo que animan a cualquier departamento ministerial [XVI] del Estado prusiano a estimular las instituciones de utilidad común. En particular el Departamento de Minería y Metalurgia ha sometido a una revisión y examen minuciosos la refundición del derecho minero siguiendo las admoniciones de diferentes expertos, especialmente del consejero secreto de finanzas en Dresde, el Sr. Wagner, y del jefe de minas en Freiberg, el Sr. Beyer<sup>h</sup>. Gracias a ello esta parte del Código ha ganado muchísimo en exactitud, compleción e incluso precisión de la expresión.

El derecho mercantil y marítimo representa en la actual constitución civil y política de Europa una parte muy importante, pero también todavía poco elaborada en su conexión sistemática. Por eso se ha tomado la molestia de interesar en el examen de los títulos correspondientes dentro del Proyecto a varones que, ya sea como escritores o como conocidos hombres de negocios, están legitimados para officiar de jueces competentes en esta especialidad. El Sr. Büsch, catedrático en Hamburgo, se ha unido para este fin con los Sres. Siweking, Moller y Gäderz<sup>i</sup>. Cada uno de ellos ha presentado por separado primero sus observaciones sobre esa parte del Proyecto, esas amonestaciones particulares han sido luego sopesadas en común y [XVII] comunicadas al Sr. Gran Canciller junto con el resultado de sus reuniones, y finalmente se ha sometido a un nuevo examen la refundición tras habérsela presentado

---

centralizador supremo de toda la administración financiera (tanto de la hacienda pública de los *Domänenkammern* como de la recaudación de impuestos por parte de los *Kriegskammern*) y de la sección económica del ejército, con el cual el rey sustrajo competencias al órgano colegiado de representación estamental, el *Geheimer Rat* (Consejo Secreto), especialmente en la administración militar. El Directorio General dependía directamente del Canciller y, por tanto, del monarca a través del nuevo Ministerio de Gabinete.

g Las Cámaras (*Kammern*) eran en Prusia los supremos órganos administrativos de cada territorio o provincia del Reino en diferentes materias (asuntos militares, fiscales, comerciales, etc.), y solían tener también funciones jurisdiccionales equiparables a las de los tribunales superiores. Dependían jerárquicamente del Directorio General del Reino.

h Se trata del Barón Thomas von Wagner (1759-1817) y, aunque faltan datos accesibles al respecto, presumiblemente de Johann Gottlieb Beyer.

i Johann Georg Büsch (1728-1800), pedagogo, publicista y catedrático de Derecho Comercial en Hamburgo; Georg Heinrich Sieveking (1751-1799), ilustrado y comerciante de Hamburgo; Jürgen Heinrich Gaedertz (1753-1825), comerciante en Lübeck; y Ulrich Moller (1733-1807), comerciante en Hamburgo y apoderado de la compañía de seguros de esa misma ciudad. Todos ellos presentaron *monita* al Proyecto.

a ellos. Si al nuevo derecho marítimo y mercantil prusiano, que ocupa una gran parte del tercer volumen del Código, desde la p. 448 a la p. 693<sup>j</sup>, le cabe pretender para sí un grado notable de compleción y precisión, ello hay que agradecerlo principalmente a los esfuerzos de estos dignos varones, los cuales tienen derecho al aplauso de todos aquellos a quienes importa algo el bien de los hombres y de los pueblos, con tanta más justicia cuanto menos pudieron determinarse, en virtud de su cabal situación y circunstancias personales, a hacer un trabajo tan amplio y fatigoso por ningún otro motivo más que por el noble impulso de colaborar en el perfeccionamiento de una parte de la legislación; un impulso que se reduce menos que cualquier otro a los estrechos límites de un determinado Estado, puesto que en vez de ello extiende sus benéficas consecuencias por todas las naciones civilizadas cuyo vínculo más sólido y universal es el comercio. La revisión de todas estas observaciones, provenientes de lugares y regiones tan distintas y enviadas por varones de estamentos tan diversos y circunstancias tan diferentes, brindaría al filósofo que indaga los progresos [XVIII] del espíritu humano una charla muy reconfortante. Casi sin excepción respiran estas observaciones el espíritu de la Ilustración cercana y de una suave y apacible filosofía de la vida. La reverencia y el respeto por los derechos de la humanidad, el odio y la repugnancia a toda arbitrariedad pura, el cuidadoso esfuerzo por poner la libertad civil en feliz armonía con la obediencia al Estado y a sus leyes -esa armonía sin la cual nunca puede darse verdadero bienestar en la sociedad civil-, el alejamiento de los prejuicios y parcialidades que tan a menudo alteran el punto de vista correcto en los asuntos más importantes de la humanidad; he aquí el rasgo distintivo que predomina en la mayoría de estas contribuciones tan apreciables. Se ha dicho en concreto, para honra de la nobleza prusiana, que ella, a quien según la constitución de la mayoría de las provincias corresponde la voz principal y más importante en las deliberaciones estamentales, muy lejos de querer aprovechar esta ocasión para aumentar sus privilegios a costa del Estado y de los estamentos restantes, ha asumido con ardor en más de un caso la defensa de estos estamentos siempre que creyó advertir que este o aquel lugar del Proyecto podía prestarse a una interpretación desventajosa para los derechos y libertades de ellos. Y por muy superflua [XIX] que pudiera parecer la observación siguiente a cualquiera que haya tenido ocasión de conocer

---

j Mención del *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten* (1791), Segunda Parte, Tit. VIII, caps. 7-15, concernientes a todo el derecho comercial y cambiario, así como al derecho marítimo y de seguros.



el espíritu de nuestro Dicasterio supremo de Finanzas, no puedo menos de darla a conocer públicamente, a saber: que en las amonestaciones notificadas por el Directorio General tampoco cabe hallar rastro alguno de aquel espíritu fiscalizador que ha producido tantas llagas incurables al bien de la sociedad civil mediante la infausta separación del interés estatal con respecto al interés de los súbditos.

En la elaboración de estos numerosos materiales se procedió luego del modo siguiente.

Primero, bajo el control y dirección de dos juristas de acreditado saber y experiencia<sup>k</sup>, se confeccionaron resúmenes de los diferentes tratados y demás escritos en los que se recogiesen junto a cada parágrafo del Proyecto sus correspondientes observaciones y amonestaciones, y cada uno de esos dos caballeros acompañó el resumen en la parte que le competía con su propio dictamen sobre la relevancia o irrelevancia de las admoniciones existentes.

[XX] Siguiendo las indicaciones de estos resúmenes se presentaron al Sr. Gran Canciller con todo detalle las amonestaciones de los que habían participado de manera directa en la confección del Proyecto, y tras un cuidadoso examen de cada amonestación el propio Gran Canciller estableció si y hasta qué punto debía hacerse uso de ellas en la elaboración del Código mismo. Conforme a estas estipulaciones se redactaron los títulos particulares y se le presentaron al Sr. Gran Canciller, quien no sólo cambió y corrigió aquello que estimó aún enmendable en cuanto a la cosa misma o en lo concerniente a la expresión, sino que también él mismo elaboró directamente los títulos más importantes y especialmente los que contenían los principios generales.

En esta forma se notificó a los miembros de la Comisión Legislativa la refundición para que manifestasen por escrito todavía sus dudas y admoniciones al respecto, se deliberó sobre esos dictámenes escritos consultando oralmente a dichos miembros y, una vez redactadas las conclusiones pertinentes, se añadió, se quitó o se modificó lo necesario.

Sobre los puntos más importantes en los cuales o bien se producían desviaciones de los derechos comunes vigentes o bien a causa de una discrepancia considerable [XXI] de las opiniones era necesaria una decisión más

---

<sup>k</sup> Alusión a los dos juristas que colaboraron con C.G. Svarez en la *Revisio Monitorum*: el consejero secreto y presidente del Obertribunal Secreto Heinrich Dietrich von Grolman (1740-1840), desde el 19 de agosto de 1787; y el también consejero secreto del *Kammergericht* y miembro de la Comisión de Ley Carl Christoph Gossler (1752-1827), desde el 27 de diciembre de 1788.

precisa, se hizo a su Majestad Real una exposición detallada y se enmendó la materia correspondiente según las resoluciones emitidas por él al efecto.

Uno de los principios primordiales en todo este asunto fue que aquellas proposiciones del Proyecto que se apartasen de los derechos comunes vigentes, no fueran incorporadas al Código si había contra ellas una mayoría de votos, bien apoyada en fundamentos, por parte de los colegios territoriales y de los estamentos, y que en las materias sobre las que había existido hasta ahora una variedad de derechos en las numerosas provincias de la monarquía prusiana, se abstraieran las disposiciones del Código general como regla a partir de lo que vale en la mayoría de esas provincias, mientras que allí donde la variedad fuese tan enorme que no pudiera encontrarse semejante regla, esta se estableciese según lo más adecuado a la naturaleza de la cosa y a los principios del Derecho Natural y del Derecho Político General.

Sólo bajo la protección de príncipes que, como Federico II y Federico Guillermo II, quieren en serio y con firmeza la felicidad de sus pueblos y están vivamente convencidos del influjo importante de una buena legislación en la auténtica grandeza [XXII] de un Estado, podía emprenderse semejante obra, a la vez que sólo podía ser culminada por un Canciller como Carmer, en cuyo carácter noble la constancia incommovible para todo lo que es grande y bueno constituye su rasgo más distintivo. De un hombre que es súbdito del Estado Prusiano y ha participado en la elaboración del Código mismo, no esperará el público una exposición de sus excelentes méritos. Este Código se verá quizás superado en la posteridad –y ¿qué amigo de la humanidad no lo desearía?– por obras similares con las que agraciaron a las generaciones venideras los padres de sus pueblos. Mas ¿cómo se podrá quitar al gran soberano de Prusia y a su digno ministro el mérito de haber abierto camino por primera vez en este asunto, el más importante de todos los asuntos de la sociedad civil, y de haber no sólo concebido por primera vez sino también ejecutado la idea noble, dos veces grande para una constitución monárquica, de dar a la nación un código examinado y autorizado por ella misma? Digo: *por primera vez*. Pues pese a toda predilección por la recopilación de Justiniano y al máximo aprecio del valor de muchos materiales recogidos en ella, uno difícilmente se atreverá, empero, a comparar el procedimiento seguido en aquella compilación [XXIII] con el método observado en la confección del Código prusiano.

El Proyecto ya ha estado expuesto ciertamente a la crítica más variada y sin duda también la obra recién acabada será sometida a un severo enjuiciamiento por jueces competentes e incompetentes. La afortunada constitu-

ción de Prusia permite, por supuesto, juicios sinceros, incluso sobre las leyes, siempre que no degeneren en burla desvergonzada e irrespetuosa o en invitaciones a la desobediencia de sus preceptos. Nada tengo que decir a quienes la propensión a lucirse por medio de paradojas, la aversión natural o impostada a cualquier establecimiento impulsado por el Estado prusiano o el disgusto de ver concluida una obra como esta sin ellos y sin su cooperación sea lo que ponga en sus manos el azote crítico. Pero a quienes realmente importe la verdad y corrección del juicio sobre la obra actual, desearía indicarles el auténtico propósito que se ha tenido a la vista y desde el cual hay que valorarla y contemplarla. Ya con el primer anuncio de la empresa e incluso todavía cuando el Proyecto ya había salido a la luz, una parte muy apreciable y amplia del público creía que un nuevo código [XXIV] en modo alguno tomaría prestadas las leyes enteramente nuevas de las ya existentes, ante todo no de la compilación justiniana, sino que las derivaría simplemente de la naturaleza y conceptos de las cosas, del fin del Estado y de la sociedad, del desarrollo del contrato civil, en una palabra: debía contener disposiciones sacadas nada más que del santuario más íntimo de la filosofía. Los lectores de esta clase se verán, sin duda, defraudados cuando encuentren<sup>1</sup> que la base del nuevo código prusiano es aún tan romana que la mayoría de sus materiales no los han suministrado *Montesquieu, Rousseau y Mably* sino *Labeón y Capitón, Severo* y los *Antoninos*<sup>m</sup>. No piensan que sólo puede despreciar y minusvalorar la recopilación romana, quien no está familiarizado con su contenido, pero no quien sabe que su mayor parte y la más importante no contiene sanciones de déspotas bizantinos del siglo VI sino doctrinas, decisiones y disposiciones que en el período más bello de la república libre o en la edad dorada de la monarquía fueron encomendadas a y redactadas por hombres formados en las escuelas de la sabiduría del mundo que llevaron consigo al foro y a la dirección de los

---

<sup>1</sup> Entendemos que la expresión incompleta “*fin-*” que figura en el texto original de los *Annalen* como final de línea, es una errata o mutilación del verbo *finden*, en la tercera persona plural del presente de indicativo.

<sup>m</sup> Alusión, en primer lugar, a los juristas romanos de la época de los primeros emperadores Augusto y Tiberio: Marco Antistio Labeón (43 a.C – 20 d.C.) y Cayo Ateyo Capitón (34 a.C. – 22 d.C.). En segundo lugar, alusión presumible a Alejandro Severo (208-235), que fue el último emperador (entre el 222 y el 235) de la dinastía Severa, o bien quizás a toda la dinastía Severa, que gobernó Roma entre el año 193 y el 235 y bajo la cual destacaron juristas como Ulpiano y Papiniano. Y, en tercer lugar, mención de la dinastía de los Antoninos, iniciada por Antonino Pío, la cual gobernó Roma entre el año 96 y el 192, y en la que destacaron Trajano, Adriano o Marco Aurelio.

asuntos públicos [XXV] los conocimientos allí adquiridos. Olvidan al mismo tiempo que aquí no había que dar leyes a un Estado que surge por primera vez, sino a uno ya formado<sup>n</sup>, el cual se hallaba tan bien con su constitución vigente que no podía desear una transformación completa de ella. Olvidan asimismo que el derecho romano sirve de base para esa constitución interna en lo que concierne a la determinación de los derechos privados de los habitantes entre sí; que el espíritu entero de la nación en lo que atañe a asuntos jurídicos y todo lo que se halla emparentado con él, está afinado conforme a esa teoría [del derecho romano], de tal modo que resulta más fácil y seguro dar a esa disposición anímica una orientación más adecuada que sorprender de golpe con conceptos, máximas y reglas de su conducta completamente nuevas a un pueblo numeroso y ya formado. Finalmente olvidan también que perfeccionar, allanar y conducir de la manera más recta por una vía ya existente y transitada, y pasar de lejos por regiones pantanosas o repletas de arena, que detienen sin necesidad el pie del caminante, o por laberintos en los que puede desorientarse demasiado, es mejor y más prudente que desplazarlo de repente, en cierto modo mediante un golpe de varita mágica, a zonas totalmente nuevas y desconocidas, y exigir de él que emprenda con confianza y seguridad el camino oscuro que encuentra ante sí, y que ni sus propios [XXVI] guías han recorrido aún, porque creen haberlo abarcado suficientemente con la vista tan sólo desde la altura de la especulación.

El hombre con verdadero conocimiento del mundo y sabiduría de la vida, el cual teme el fanatismo filosófico tanto como el religioso, preferirá siempre las reformas a las revoluciones, también en el campo de la legislación.

La base del nuevo código prusiano es, por tanto, romana, y así debe ser. Las correcciones que al respecto tuvieron que llevarse a cabo según el plan del legislador, son las siguientes:

La mayor parte del derecho romano, y cabría decir que la más apreciable, consta de decisiones de casos particulares presentados ante el jurista, el juez o incluso el legislador. De ellas han extraído los autores de los manuales modernos de jurisprudencia los principios generales, y de este modo se han construido los edificios dogmáticos formales, no todos ellos igual de coherentes ni por lo general tampoco en sus partes concretas. Había, pues, que examinar estos edificios dogmáticos siguiendo las reglas de una lógica

---

<sup>n</sup> Traducimos aquí “*gebildet[en]*” por “formado”, porque esta palabra conserva en castellano el doble sentido del término alemán: tanto tener una forma o figura por estar hecho, labrado, como ser culto o estar cultivado.

y hermenéutica sana, y poner a la base tanto de las diversas materias jurídicas particulares como en general [XXVII] una teoría concordante con esas reglas.

Es notorio que ya no tenemos desde hace mucho tiempo un derecho romano puro, ni en Alemania en general, ni en los Estados Prusianos en particular. Muchos títulos, hasta libros enteros de la recopilación justiniana nunca se recibieron en los tribunales alemanes. En otras materias el uso forense ha suprimido por completo las disposiciones del derecho romano, ya que como concordaban tan poco con nuestras constituciones y costumbres actuales, les impuso o aplicó unas interpretaciones que no estaban en la mente del autor de la ley romana. Por eso en el nuevo código tenía que asumirse el derecho romano sólo tal como ha estado en vigor realmente hasta ahora en los territorios del Reino y es fijado por el uso forense.

Muchos lugares del derecho romano son susceptibles de múltiples interpretaciones; no faltan en él auténticas antinomias, y sus intérpretes y comentadores han aumentado hasta el infinito el número de las cuestiones jurídicas litigiosas con una sutilidad funesta. Poner fin [XVIII] de una vez por todas a estas disputas mediante la intervención del poder legislativo, dar sanción legal a la opinión más racional, a la más equitativa, a la más concordante con la analogía y el bien de la sociedad civil, era un propósito fundamental del nuevo código.

Muchas disposiciones del derecho romano tienen su única razón de ser en la constitución política romana o en las sentencias de la filosofía estoica. Nosotros hemos eliminado hace mucho tiempo las premisas, pero las consecuencias que se sacaron de ellas todavía se han mantenido parcialmente hasta ahora. Todas las inconsecuencias de este tipo debían suprimirse; había que abolir todas las leyes cuya razón de ser ya no se ajusta a nuestras costumbres, constituciones y tiempos actuales y poner en su lugar otras más convenientes. Era este el lugar por antonomasia en el que había que adoptar como criterio normativo un sentimiento de la equidad natural guiado e ilustrado por la filosofía.

Esto vale sobre todo para determinadas materias, en las cuales, por un lado, la política de los primeros emperadores romanos, quienes trataron de ocultar la odiosa figura de una [XXIX] autocracia despótica tras las formas de una constitución civil libre, y, por otro lado, la dialéctica sutil de los juristas de entonces habían cubierto la legislación sobre objetos y asuntos diversos con una cantidad de formalidades, ficciones y sutilidades que servían de ali-

mento a la pleitomanía y de envoltura para las triquiñuelas<sup>o</sup>. Recuérdese sólo la doctrina romana acerca de las solemnidades externas e internas de una disposición testamentaria, la de la *bonorum possessione* y la de los derechos de servidumbre. Aquí había que simplificar la teoría, suprimir todas las distinciones que no tuvieran su fundamento natural y relevante en la cosa misma, y mantener sólo las formalidades externas de las acciones jurídicas que fuesen necesarias para otorgar a la propia acción el grado de fiabilidad y exactitud que debe tener si han de asegurarse la propiedad y los derechos y ser privadas las triquiñuelas de su refugio más habitual.

Hay en nuestra constitución civil actual una cantidad de asuntos que o bien eran completamente desconocidos [XXX] para los romanos, o bien han tomado desde su época un rumbo y una figura totalmente distintos. Entre esos asuntos figuran, por ejemplo, el arte de la navegación y del comercio, el sistema cambiario, el sistema de seguros, la actual organización de nuestra agricultura, la situación de las clases populares que se dedican a ella, nuestras organizaciones gremiales, todas las materias jurídicas en las que influyen el derecho positivo de gentes y la constitución financiera del Estado. Asimismo forma parte de ellos especialmente la organización aún peculiar del sistema hipotecario en el Estado Prusiano, la cual ha modificado por completo la forma de la teoría de los derechos reales<sup>p</sup> a la propiedad ajena y resulta tan idónea para simplificar mucho esa teoría, de tal manera que la libertad civil y la seguridad de la propiedad y de los derechos no sólo no sufren por ello en modo alguno, sino que se favorecen y consolidan incomparablemente más que por medio de todas las providencias de la teoría romana, labrada con suma precisión y en extremo complicada sobre todo en esta materia. Sobre todos estos objetos o bien faltaban por completo disposiciones legales precisas o bien estas [XXXI] consistían en una cantidad de ordenanzas sueltas, promulgadas en épocas muy diferentes y concebidas desde perspectivas bien distintas, que estaban dispersas en vastas recopilaciones, en las cuales el juez y aún más la parte que quisiera acometer un asunto de ese tipo o estuviera metida en él, podía muy fácilmente pasarlas por alto o entenderlas y apli-

---

o Traducimos “*Prozesssucht*” por “pleitomanía”, ya que mienta el afán constante de pleitear, y “*Chikane*”, término sin equivalente castellano, por “triquiñuelas”, ya que con él se aludía en la época al proceder obstructor de la justicia a base de estratagemas formales para prolongar indefinidamente los procesos judiciales.

p “Derechos reales” en el sentido de derechos a las cosas (propiedad). Traduce aquí la expresión alemana “(von) *dingliche(n) Rechte(n)*”.

carlas incorrectamente. Tales lagunas de la legislación debían cubrirse, las disposiciones sueltas que existiesen sobre semejantes materias había que reunir las, ponerlas en orden y conexión, y dotarlas de coherencia tanto entre sí como con el resto del sistema completo.

Es natural que un código civil no pueda contener una Constitución<sup>q</sup> y que tenga que ver tan poco con el Derecho Político General de la monarquía prusiana como con su Derecho Político Particular. Hay y debe haber, no obstante, en un Estado cuyo gobernante no es un déspota ni quiere serlo, materias y asuntos de diversa índole en los que los derechos y deberes entre el Estado y los súbditos son objeto de juicio y decisión judicial. [XXXII] En el Estado Prusiano esto puede ofrecer muchas menos dudas por el hecho de que Federico II y Federico Guillermo II han declarado públicamente en más de una ocasión que las disputas del Fisco con los súbditos deben juzgarse exclusivamente según las leyes del país y ser conocidas igualmente por los tribunales y con la misma imparcialidad que las disputas entre personas privadas. Era, por tanto, necesario incluir en el Código aquellos principios y reglas procedentes del Derecho Político interno de Prusia que debe seguir el juez en la decisión de tales asuntos litigiosos.

La legislación criminal necesitaba en lo esencial de una reforma completa. Nuestras leyes criminales están escritas desde los tiempos en los que una Ilustración incipiente, en su lucha con la barbarie dominante, había ganado muy poco terreno en las mentes y corazones de aquellos en los que residía el poder legislativo. Es innegable que en la aplicación de esas leyes a los casos dados el genio de una filosofía filantrópica y amable [XXXIII] había traído consigo alguna que otra espléndida victoria sobre el espíritu sanguinario de aquella antigua legislación, y que la constitución criminal prusiana, debido a su observancia de la proporción correcta, equitativa y moderada entre delitos y penas, adquirió ya desde antaño una bien merecida fama. Con todo, esta mejor constitución se basaba tan sólo en algunas pocas ordenanzas promulgadas para determinadas materias particulares, en órdenes de gabinete y decretos marginales, mediante los cuales el difunto rey, que en paz descansa, había manifestado en la primera época de su gobierno con motivo de ciertos casos aislados su repugnancia a las penas de muerte tan frecuentes y a otras penas excesivamente duras<sup>r</sup>; pero también se basaba especialmente en

---

q *Konstitution*, término alemán que aquí y en el contexto de la época alude a la moderna Constitución o Carta Constitucional.

r Federico II de Prusia, recién subido al trono, prohibió la tortura en julio de 1740,



el uso judicial de nuestros colegios penales, del cual era inseparable la incertidumbre y vacilación en la observancia de la ley, y que al estar siempre en contradicción con la letra de dicha ley tenía la apariencia de ser demasiado arbitrario como para que una legislación sabia y precavida hubiera podido tranquilizarse con ello por más tiempo, sobre todo en asuntos de tal importancia. Había, por tanto, que abolir por completo las viejas leyes criminales y dotar a la observancia vigente hasta ahora de una [XXXIV] sanción legal; e igualmente había que trazar al criterio judicial, nunca excluible del todo en este terreno, al menos ciertas fronteras que no pudiera franquear, para evitar en lo posible aquí un abuso tan peligroso.

El orden en el que se debía disponer y presentar la gran cantidad de verdades jurídicas, era algo que merecía, sin duda, el cuidado de la nueva legislación. Que resulta imposible mantener el orden del código justiniano, cuyo hilo conductor puede descubrir el ojo más ejercitado sólo con esfuerzo y en algunas partes concretas, se comprende por sí mismo. El método filosófico riguroso de los compendios parecía tan poco adecuado a la dignidad de un código como a la capacidad de comprensión de la mayoría de los lectores a los que estaba destinado. Había, por tanto, que elegir un hilo conductor que cualquier espíritu ejercitado sólo a medias en el pensamiento metódico pudiera captarlo sin gran esfuerzo y seguirlo adecuadamente por el conjunto de todas las partes. En la ordenación general de las materias se debía no sólo tratar primero aquellas [XXXV] que influyen en las partes singulares, anticipar asimismo lo que fuera necesario para el entendimiento claro y correcto de lo siguiente, y acudir en auxilio tanto de la capacidad de comprensión como de la memoria del lector habitual mediante una clasificación de los objetos fácil de abarcar; sino que también en el tratamiento de las materias particulares había que empezar con la fijación del concepto y de los principios generales derivables de él, pasar de estos a las divisiones que tuviesen consecuencias prácticas, someter a ciertas reglas los diferentes tipos de casos que pudieran darse en un determinado asunto con la ayuda de una inducción lo más completa posible, y decidir con precisión los más dudosos y disputados de ellos, de manera que así el juez pueda al mismo tiempo establecer su juicio en los casos que queden indecisos haciendo analogía conforme a las reglas generales y al espíritu de la ley. A este respecto el Código se aparta del Proyecto

---

salvo para delitos de alta traición, y de manera general en 1754. Y en su disertación académica *Sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1750) abogó por la suavidad en el sistema penal.



principalmente en que después de los principios generales del derecho anticipa en los tres primeros títulos los conceptos y divisiones que deben usarse en [XXXVI] todos los siguientes, junto con las doctrinas de las declaraciones de voluntad, de los contratos, de la irrogación de daños y de la posesión, las cuales dan muestras de su poderoso influjo por igual en el derecho personal y en el derecho real<sup>s</sup>; pero luego trata este último antes que aquel, porque el derecho real contiene en cierto modo la regla que se cumple en las acciones del ciudadano del Estado en general y sin considerar determinadas cualidades personales específicas del agente. En cambio, el derecho personal establece, por un lado, los derechos y deberes propios de las personas de un estamento determinado y, por otro lado, las excepciones y las especificaciones más concretas que se incorporan a las disposiciones del derecho real en función de la cualidad personal del sujeto de que se trate.

Finalmente también había que redactar el nuevo código, si debía corresponder a sus propósitos benéficos, no sólo en la lengua de la nación sino también en un estilo que fuese comprensible para cualquier habitante cuyo espíritu esté formado siquiera en alguna medida por una educación general, y que reuniese con una brevedad y dignidad que honren [XXXVII] al legislador la máxima claridad y precisión posible en la expresión.

Por lo demás al Código mismo ha precedido la impresión de su Patente de Publicación<sup>t</sup>, según la cual él debe estar legalmente en vigor a partir del 1 de junio de 1792, y en la cual se fija exactamente el alcance de su vigencia con respecto tanto a casos futuros como pasados, pero sobre todo se llama la atención del público sobre la nueva teoría de los derechos hipotecarios y de servidumbre, que en su mayoría se apartan de los derechos vigentes hasta ahora y tienen un influjo muy poderoso en la vida civil. Uno de los objetivos principales de esta Patente es evitar cualquier influjo nocivo que pueda tener en la suerte de los ciudadanos particulares, el cambio ligado inevitablemente a las nuevas disposiciones de este tipo en la situación y circunstancias de las generaciones actuales, así como cualquier menoscabo en los derechos ya adquiridos que pretenda ampararse de algún modo en la nueva legislación. Estos pasajes de la Patente tienen tanto interés para todos los expertos, incluso

---

<sup>s</sup> Se traduce así “*Personen- und Sachenrecht*”: el derecho de las personas (jurídicas) y el derecho a las cosas (propiedad).

<sup>t</sup> *Patent wegen Publication des neuen allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten*, del 20 de marzo de 1791, reproducida a continuación de este Informe en los *Annalen* 8 (1791), pp. XXXIX-XLVIII.

para los que no tienen ocasión ni ganas de procurarse el Código mismo, que no les desagradará encontrar aquí impresa dicha Patente a modo de suplemento del presente ensayo.

[XXXVIII] Precede además al Código un índice muy completo de su contenido que debe hacer por ahora las veces de un registro. No obstante, se entregará en pocos meses un específico registro real de toda la obra<sup>u</sup>.

El libro se ha imprimido con cargo a los fondos de Justicia. Lo que pueda recaudarse de la venta de esta y las siguientes ediciones, tras descontar los costes, se dedicará a un fondo de pensiones para viudas y huérfanos de honestos servidores de la Justicia –especialmente de los auxiliares– fallecidos en malas circunstancias patrimoniales.

---

<sup>u</sup> Fue el *Register zum Allgemeinen Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, Berlin: Decker, 1792 [versión online: [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10551210\\_00009.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10551210_00009.html)]



## BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

### A) Fuentes

- Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten [=AGO]*, hrsg. A.J.Mannkopf, 3 vols., Berlín 1837-38. [Versión on-line incompleta: [http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AllgemeineGerichtsordnung-Preussen1795\\_Teil2u3.pdf](http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AllgemeineGerichtsordnung-Preussen1795_Teil2u3.pdf)]
- Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten [=AGB]*, Berlin: Königl. Hofbuchdruckerei, 1791. Reproducido en: Goldbach: Keip, 1985 [Hay una edición digital parcial –sólo la Parte III–, de acceso restringido, hecha por la Bayrische Staatsbibliothek: [http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10551204\\_00710.html](http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10551204_00710.html)]
- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (=ALR)*, hrsg. Hans Hattenhauer, Frankfurt am Main: Luchterhand 1970, 1995<sup>3</sup>. [Ediciones on-line parciales: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR-1fuerdiepreussischenStaaten1794teil1.htm>; [http://ra.smixx.de/Links\\_FR/PrALR/pralr.html](http://ra.smixx.de/Links_FR/PrALR/pralr.html); y edición online completa, según texto de 1804: [http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=PPN646281704\\$PHYSID=PHYS\\_0005\\$DMDID=DMDLOG\\_0001](http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht?PPN=PPN646281704$PHYSID=PHYS_0005$DMDID=DMDLOG_0001)]
- [Baumgarten, O.N. / Svarez, C.G.], *Brief-Wechsel über die gegenwärtige Justiz-Reform in den preussischen Staaten*, Berlin: Decker, 1780-84, 3 Hefte [El Tercer Cuaderno, publicado en 1784, fue obra exclusiva de Svarez]
- Beccaria, C., *De los delitos y las penas*, Madrid: Alianza 1988
- Codex Fridericianus Marchicus: Project des Codicis Fridericiani Marchici, 1748*, ed. 1766, en: *Testi e Documenti per la Storia del Processo*, vol. 3, ed. N. Picardi y A. Giuliani, Milano: Giuffrè, 2000. [Edición on-line: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ProjectdesCodicisFridericiani-Marchici1748.htm>]
- Corpus Juris Fridericianum. Erstes Buch. Von der Prozessordnung [CJF]*, Berlín: Decker, 26 de abril 1781. Reproducido también en: Goldbach: Keip, 1994. Un copia, algo imperfecta, puede encontrarse en: Nabu Press [USA], 2011
- Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, hrsg. Von J. H. C. Von Carmer, Berlin/Leipzig: Decker, 1784-1787, 6 vols. Re-

- producido en: Goldbach: Keip, 1984. [Edición digital online sólo parcial: <https://books.google.es/books?id=WcVDAAAAcAAJ&pg=PP6&lpg=PP6&dq=entwurf+eines+allgemeinen+gesetzbuches+f%C3%BCr+die+preu%C3%9Fischen+staaten&source=bl&ots=n7NI2GqmXm&sig=V Vrl3GkcDRmoAHqYEU9sRy5ONaY&hl=es&sa=X&ved=oahUKEwiOqfGEgZLTahVFOBoKHdFAAJQ6AEISjAH#v=onepage&q=entwurf%20eines%20allgemeinen%20gesetzbuches%20of%C3%BCr%20die%20preu%C3%9Fischen%20staaten&f=false>. Hay también una edición de P. Krause, que es la más completa, dentro del plan: Svarez, C.G., *Gesammelte Schriften* (v. referencia bibliográfica más abajo)]
- Erhard, C. D., *Versuch einer Critik des Allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, Dresden / Leipzig, 1792
- “Etwas über das neue Preussische Gesetzbuch und die französische Revolution”, *Deutsche Zeitung oder Moralische Schilderungen, Sitten und Staaten unserer Zeit. Mit besonderer Rücksicht auf Deutschland* (Gotha) 47 (25.11.1791), Sp. 797-811
- Fischer, “Friedrich und Friedrich Wilhelm, die Gesetzgeber. Eine Meditation bay Gelegenheit des neuen Gesetzbuches”, *Deutsche Monatsschrift* 1:1 (Januar 1792), pp. 7-30
- “Friedrich Wilhelm der Gesetzgeber”, *Berlinische Monatsschrift* 19 (1792), pp. 5-29
- Friedrich der Grosse, *Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen*, en: *Die Werke Friedrichs des Grossen*, hrsg. G.B. Volzvol. 8, Berlin: Reimar Hobbing 1913. pp. 22-39
- Gönner, N. Th. Von, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen 1801, vol. 1
- Grolman, K., *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, Giessen 1800
- Gossler, Ch., “Kurze Geschichte des bisherigen gemeinen Rechts in den Preussischen Staaten (Aus der Einleitung zu den Vorlesungen über das allgemeinen Gesetzbuchs)”, *Berlinische Monatsschrift* 21 (April 1793), pp. 302-340
- , “Beiträge zur Lebensgeschichte des Geheimen-Ober-Justiz- und Tribunal-Rathes Carl Gottlieb Suarez”, *Juridische Miscellen*, 1.Heft, Berlin 1810, p. 60-90
- Hegel, G.W.F., *La Constitución de Alemania*, Madrid: Aguilar, s.a.
- Hobbes, Th., *Leviatán*, Madrid: Editoria Nacional, 1980

- Kamptz, K.A.Ch.H (Hrsg.), “Verhandlungen über die Justiz-Reform in den Preussischen Staaten in den Jahren 1774 bis 1776”, *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* LVIII (1842), 3-60
- , “Die Justiz-Reform in den Königlich Preussischen Staaten in den Jahren 1746-1748”, *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* LIX (1842), 67-158
- , “Ueber Provinzial-Rechte”, en: *Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung*, 46 (1835), pp. 225-227
- Keller, L. (Hrsg.), “Die Berliner Mittwochs-Gesellschaft. Ein Beitrag zur Geschichte der Geistesentwicklung Preussens am Ausgange des 18. Jahrhunderts”, *Monatshefte der Comenius-Gesellschaft* 5 (1896), pp. 67-94
- [Klein, E.F.], *Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung*, Berlin/Stettin 1790 [reimpr. en Kronberg/Ts. 1977]
- Klein, E.F., “Nachricht von den Schlosserschen Briefen über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere, welche zu Frankfurt am Main in Fleischerschen Verlage, im Jahr 1789, erschienen sind”, en: *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* 4 (1789), 326-390 [reimpresión en J.G. Schlosser, *Fünfter Brief über den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs*, Frankfurt am Main 1790, p. 7-99]
- , “Über die Natur der Gesellschaft” (1790), en: *Kurze Aufsätze über verschiedene Gegenstände*, Halle: Weisenhaus, 1797, pp. 55-80 [reproducido junto con *Freyheit und Eigenthum* en: Kronberg/Ts: Scriptor, 1977]
- , “Ueber das Verhältnis der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt”, *Deutschland* 2 (1796), pp. 323-328
- , “Wie hat sich der Richter in Fällen zu verhalten, wo ein Gesetz zur Anwendung kommt, von welchem er glaubt, dass es nie hätte Gesetz werden sollen”, *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* 16 (1798), pp. 384-388
- , “Ueber die gesetzliche und richterliche Begünstigung des Bauernstandes”, *Annalen* 24 (1806), pp. 167-182
- , “Nachtrag zu der Abhandlung über die gesetzliche und richterliche Begünstigung des Bauernstandes”, *Annalen* 25 (1808), pp. 45-87
- Leibniz, G.W., *Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid: Editora Nacional, 1984

- Mendelssohn, M., *Ästhetische Schriften in Auswahl* (hrsg. von O. F. Best), Darmstadt, 1994
- Montesquieu, Ch., S., Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona: Orbis 1984, 2 vols.
- Moehsen *Borussica* fol. 443, en: *Deutsche Staatsbibliothek*, Berlin (manuscrito)
- Morgenbesser, E. G., *Beyträge zum republikanischen Gesetzbuche enthalten in Anmerkungen zum allgemeinen Landrechte und zur allgemeinen Gerichtsordnung für die preussischen Staaten*, Königsberg 1800
- Möser, J., *Escritos escogidos*, Madrid: Editora Nacional, 1984
- Moser, J.J., *Von denen Kayserlichen Regierungs-Rechten und Pflichten*, Frankfurt am Main 1772
- Pufendorf, S., *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, Córdoba (Argentina), 1980
- Rebeur, Ch.L. von, *Observation sur la présente réforme de justice dans les états prusiens* (1786) [edición revisada en alemán, *Ueber die neue preussische Justiz-Reform*, Hannover 1789]
- , *Observation adressée à un Academicien de Berlin sur un passage relatif à la présente Reforme de Justice dans les États prussiens, contenue dans la Dissertation sur les Revolutions des Etats, etc. par M. de Hertzberg*, Leipzig 1783 [reproducido y revisado en la versión alemana de: *Über die preussische Justiz-Reform*, Hannover 1789, pp. 42-44]
- Rüdiger, J. Ch.Ch., *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Gesetzgebung*, Halle 1798
- Savigny, K.F. von, *Metodología jurídica* (1802), Buenos Aires 1979
- , *Sistema del derecho romano actual* (1840), Madrid 1924, 3 vols.
- Schlettwein, J.A., “Zweifel und Fragen über die neue Preussische Prozess-Ordnung”, *Archiv für den Menschen und Bürger in allen Verhältnissen* 5 (1782), pp. 451-469
- Schlosser, J.G., *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere*, Frankfurt am Main 1789
- Schoemann, F., *Handbuch des Civilrechts*, I, Giessen und Wetzlar 1806
- Selchow, J.H. von, “Briefwechsel über die gegenwärtige Justizreform”, *Juristische Bibliothek von neuen juristischen Büchern und kleinen Abhandlungen* 5 (1782), pp. 407-422 [Reseña]
- Svarez, C. G., *Gesammelte Schriften* [= GS], hrsg. Von Peter Krause, Suttgart-Bad Cannstatt: Frommann-holzboog, 1996 ss., previstos 12 vols. [Es

la edición canónica actual, aún por concluir. Consta de dos partes, ambas inconclusas: La primera, dedicada a las obras del propio Svarez; la segunda –la más amplia–, dedicada a la obra codificadora, en la que se incluyen el *Entwurf*, el *AGB* y el *ALR*. Consignados aquí los volúmenes aparecidos hasta la fecha y consultados por nosotros:

Svarez, C. G., *Kronprinzenvorlesungen 1791/1792*, GS, Abt. I, vol. 4 (en 2 tomos), 2000

*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die Preussischen Staaten*, GS, Abt. II, 6 vols., 1996-2004

Puede encontrarse información sobre esta edición en: <https://www.frommann-holzboog.de/editionen/15?lang=en-gb>

[Svarez, C.G.], “Preussische Justizreform. An das Publicum. Ueber die alte und neue Prozess-Ordnung”, Berlín 1782 [publicado de nuevo en *Stats-Anzeigen* 3 (1783), 283-302]

Svarez, C.G., “Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?” (1788), en: *Vorträge*, o.c., p. 627-633

—, “Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung”, en: *Vorträge*, o.c., p. 634-38

—, “Über den Zweck des Staats” (1791), en: *Vorträge*, o.c., pp. 639-644

[Svarez, C.G.], “Kurze Nachricht von dem neuen Preussischen Gesetzbuche und von dem Verfahren bey der Ausarbeitung desselben”, en: *Annalen der Gesetzgebung und der Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* 8 (1791), pp. XIII-XXXVIII

—, *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798)*, ed. por H. Conrad y G. Kleinheyder, Köln und Opladen 1960 [en este trabajo hemos citado por esta edición, que recoge además de las *Kronprinzenvorträge 1791/1792* las ponencias de Svarez ante la Sociedad del Miércoles, y no por la edición de Krause, aún incompleta, en la que sólo han aparecido por ahora las *Kronprinzenvorträge 1791/1792*]

Svarez, C. G. / Gossler, Ch., *Unterricht für das Volk über die Gesetze* (1793), Frankfurt/Main: V. Klostermann 1949

—, *Unterweisung für die Parteien zu ihrem Verhalten bei Prozessen und andern gerichtlichen Angelegenheiten, nach Anleitung der allgemeinen Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*, Berlin / Stettin: F. Nicolai, 1796

Verri, P. , “Sulla intepretazione delle leggi” (1765), en: S. Romagnoli (ed.), *Illuministi settentrionali*, Milano: Rizzoli, 1962, pp. 135-147



- Voltaire, F.-M. A. , “Las leyes civiles y eclesiásticas”, en: *Diccionario filosófico* (1770), Madrid: Akal, 1985, pp. 362-363
- Zachariä, K.S., *Versuch einer allgemeiner Hermeneutik des Rechts*, Meissen 1805

B) Literatura crítica: Estudios y artículos

- Abegg, J.Fr.H., *Versuch einer Geschichte der Preussischen Civil-Prozess-Gesetzgebung*, Breslau 1848
- Berndl, K., *Ernst Ferdinand Klein (1843-1810). Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts*, Münster / Hamburg / Berlin / London: LIT, 2004
- Birtsch, G., “Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794”, en: K. Kluxen/W.J. Mommsen (Hrsg.), *Politische Ideologien und nationalstaatliche Ordnung. Studien zur Geschichte des 19. und 20.Jahrhunderts. Festschrift für Theodor Schieder zu seinem 60.Geburstag*, München/Wien: Oldenbourg 1968, p. 95-115
- , “Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus. Die Mitwirkung der preussischen Provinzialstände bei der Entstehung des Allgemeinen Landrechts”, *Historische Zeitschrift* 208 (1969), 265-294
- , “Carl Gottlieb Svarez. Mitbegründer des preussischen Gesetzestaates”, en: P. Alter/W.J. Mommsen/T. Nipperdey (Hrsg.), *Geschichte und politisches Handeln. Studien zur europäischen Denkmern der Neuzeit. Theodor Schieder zum Gedächtnis*, Stuttgart 1985, p. 85-101
- , “Die Berliner Mittwochsgesellschaft”, en: H.E. Bödeker / U. Herrmann (Hrsg.), *Über den Prozess der Aufklärung in Deutschland im 18.Jahrhundert*, Göttingen, 1987, pp. 94-112
- Bomsdorf, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlín 1971
- Breuer, S., *Sozialgeschichte des Naturrechts*, Opladen 1983
- Canale, D., *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino: G. Giappichelli, 2000
- , “Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVIII: 1 (giugno 1998), pp. 158-212
- , “The many faces of the codification of law in modern continental Europe”, en: D.Canale / O. Grossi / H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, (A Treatise of Legal Philoso-

- phy and General Jurisprudence, edited by E. Pattaro, vol. 9), Dordrecht / Heidelberg / London / New York, 2009, pp. 135-183
- Cattaneo, M. A., *Illuminismo e legislazione*, Milano: Comunità, 1966
- Coderch, P. S., “El ‘casus dubius’ en los códigos de la Ilustración germánica”, en: P. S. Coderch, *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 393-445
- , “Die logische Auslegung”, en: H. Hattenhauer / G. Landwehr (Hrsg.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806. Rechtshistorisches Kolloquium 11.-13. Juni 1987 Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Heidelberg 1988, p. 245-257
- Conrad, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Karlsruhe 1966, vol. 2
- , *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*, Köln/Opladen 1958
- , “Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts” (1961), en: W. Hubatsch (ed.), *Absolutismus*, Darmstadt: WBG 1973, pp. 309-360
- , *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates*, Berlin 1965
- , *Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat*, Graz 1971
- Dickel, K., *Beiträge zum preussischen Rechte für Studierende und Referendare* (Primer Cuaderno: *Friedrich der Grosse und die Prozesse des Müllers Arnold*), Marburg am Lahn 1891
- Diesselhorst, M., *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Grossen*, Göttingen 1984
- Dilcher, G., “Die janusköpfige Kodifikation. Das preussische Landrecht (1794) und die europäische Rechtsgeschichte”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994), 446-469.
- Dilthey, W., “Das Allgemeine Landrecht”, en: *Gesammelte Schriften*, vol. XII, Leipzig/Berlin 1936, Stuttgart 1960<sup>2</sup>, pp. 131-204
- Dölemeyer, B. / Mohnhaupt, H. (Hrsg.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, Frankfurt am Main: V. Klostermann 1995
- Droste-Lehnen, B., *Die authentische Interpretation*, Baden-Baden, 1990
- Ebel, F., *200 Jahre preussischer Zivilprozess. Das Corpus Juris Fridericianum von Jahre 1781*, Berlin / New York, 1982
- Ebert, F., “Carl Gottlieb Svarez”, en: F. Gürtner (Hrsg.), *200 Jahre Dienst am Recht. Gedenkschrift aus Anlass des 200jährigen Gründungstages des Preussischen Justizministeriums*, Berlin, 1938, pp. 367-396

- Ferronato, M. (a cura di), *Dal 'De iure naturae et gentium' di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova: CEDAM, 2005
- Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona/México 1984
- Gil, F., *Preuves*, París 1988
- Gose, W. / Würtenberg, T. (Hrsg.), *Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Trierer Symposion zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez*, Stuttgart/Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog 1999
- Grahl, Ch., *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Grossen. Prozessbetrieb und Parteibeistand im preussischen Zivilgerichtsverfahren bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Materialien zum Corpus Juris Fridericianum von 1781*, Göttingen, 1994
- Haber kern, E., *Limitierte Aufklärung. Die protestantische Spätaufklärung in Preussen am Beispiel der Berliner Mittwochsgesellschaft*, Marburg: Tectum, 2005
- Hammerstein, N., "Die Naturrechtslehre an den deutschen, insbesondere den preussischen Universitäten", en: G. Birtsch / D. Willoweit (Hrsg.), *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preussisches Allgemeine Landrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 3-19
- , "Christian Wolff und die Universitäten. Zur Wirkungsgeschichte des Wolffianismus im 18. Jahrhundert", en: W. Schneiders (Hrsg.), *Christian Wolff (1679-1754). Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung*, Hamburg: F.Meiner 1986, pp. 266-277
- Hattenhauer, H., "Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts", en: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794* (edic. del texto), Frankfurt am Main 1970, p. 11-39
- , "Preussens Richter und das Gesetz (1786-1814)", en: H.Hattenhauer/ G.Landwehr (eds.), *Das nachfriderizianische Preussen 1786-1806*, Heidelberg 1988, pp. 37-65
- , "Daten zur Geschichte des Allgemeinen Landrecht", en: J. Wolff, *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 287ss.
- , "Das ALR im Widerstreit der Politik", en: D. Merten / W. Schreckenberger (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*, Berlin: Ducker & Humblot, 1995, pp. 27-57

- , “Preussen auf dem Weg zum Rechtsstaat”, en: J. Wolff (Hrsg.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg: Müller, 1995, 49-67
- , “Das ALR im Spiegel von Erwartung, Lob und Kritik”, en: W. Gose / T. Württemberg (Hrsg.), *Zur Ideen- und Rezeptionsgeschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Trierer Symposium zum 250. Geburtstag von Carl Gottlieb Svarez*, Stuttgart/Bad Cannstatt: Fromman-Holzboog 1999, 101-125
- Hellmuth, E., “Aufklärung und Pressefreiheit. Zur Debatte der Berliner Mittwochsgesellschaft während der Jahre 1783 und 1784”, *Zeitschrift für historische Forschung* 9 (1982), pp. 315-345
- , *Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Werthorizont*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1985
- , “Zur Diskussion um Presse- und Meinungsfreiheit in England, Frankreich und Preussen im Zeitalter der Französischen Revolution”, en: G. Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen, 1981, p. 205-220.
- , “Kurzbiographie: Ernst Ferdinand Klein (1743-1810)”, en: G. Birtsch (Hrsg.), *Das Idealtyp des aufgeklärten Herrschers*, Hamburg: Meiner, 1987, 121-123
- , “Politische Reflexionen im Preussen der Spätaufklärung”, en: H.E. Bödeker / U. Herrmann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, Hamburg: Meiner, 1987, 222-236
- Hernández Marcos, M., *La Crítica de la razón pura como proceso civil*, Salamanca: Vitor (tesis doctoral), 1994
- , “A propósito del bicentenario del *Allgemeines Landrecht* de 1794. Perspectivas de valoración”, *Daimon* 8 (1994), pp. 195-200
- , “Die Prozessrechtsreform und das ALR sowie die Polemik um die Inquisitionsmaxime in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, en: B. Dölemeyer / H. Mohnhaupt (ed.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, Frankfurt am Main 1995, p. 327-355
- , “‘Republicanismo literario’. Ilustración, política y secreto en la Sociedad del Miércoles”, *Res Publica* (Murcia) 9 (2002), pp. 127-167
- , “Conoscenza rationale e storia: Sulla relazione tra diritto naturale e diritto positivo nella codificazione prussiana del 1794”, en: L. Fonneseu / B. Henry (eds.), *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, Pisa: Pacini, 2000, pp. 39-54 [versión española: “Conocimiento racional e historia. Sobre la rela-

- ción entre derecho natural y derecho positivo en la codificación prusiana de 1794”, en: A. Prior Olmos (ed.), *Estado, Hombre y gusto estético en la crisis de la Ilustración*, Valencia: Biblioteca Valenciana, 2003, p. 167-181]
- , “Carl Gottlieb Svarez y la disolución del Derecho Natural en Alemania”, en: M. Ferronato (a cura di), *Dal «De Jure Naturae et Gentium» di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova: CEDAM, 2005, pp. 269-301
- , “Conceptual Aspects of Legal Enlightenment in Europe”, en: D. Canale / P. Grossi / H. Hofmann (ed.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, o.c., pp. 69-134
- Hernández Marcos, M./ Canale, D., “Iusnaturalismo prusiano y codificación prusiana. Notas de discusión”, *Res Publica* 11-12 (2003), pp. 195-222
- Heuer, H.-J., *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf. Die Auseinandersetzung um die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts am Ende des Jahrhunderts als Ausdruck der Krise des Feudalsystems*, Berlin: VEB 1960
- Hinske, N. (Hrsg.), *Was ist Aufklärung? Beiträge aus der Berlinischen Monatsschrift*, Darmstadt, 1981
- Hintze, O., “Friedrich der Grosse und die preussischen Justizreformen des 18. Jahrhunderts. Zum 24. Januar 1912”, *Recht und Wirtschaft* 1:5 (1912), 129-135
- , “Preussens Entwicklung zum Rechtsstaat” (1920), en: *Regierung und Verwaltung* (Gesammelte Abhandlungen, Bd. 3), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1967, pp. 97-163
- Hülle, W., “Der Religionsprozess der preussischen Kammergerichte gegen den ‘Zopfschulzen’ (1792)”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 93 (1981), pp. 529-558
- Hümpel, H., “Was heisst aufklären? - Was ist Aufklärung? Rekonstruktion eines Diskussionsprozesses, der innerhalb der Gesellschaft von Freunden der Aufklärung (Berliner Mittwochsgesellschaft) in den Jahren 1783-1789 geführt wurde. Ein Editionsbericht”, *Jahrbuch für die Geschichte Mittel- und Ostdeutschlands* 42 (1994), pp. 185-226
- Karst, T., *Das Allgemeine Staatsrecht im Rahmen der Kronprinzenvorträge des Carl Gottlieb Svarez unter besonderer Berücksichtigung des Strebens nach Glückseligkeit*, Hamburg: Kovac, 2000
- Kleensang, M., *Das Konzept der bürgerlichen Gesellschaft bei Ernst Ferdinand Klein: Einstellungen zu Naturrecht, Eigentum, Staat und Gesetzgebung in Preussen 1780-1810*, Frankfurt/M: Klostermann, 1998

- Kleinheyer, G., *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preussischen Kronprinzen (1791-92)*, Bonn: Bouvier 1959
- , “Samuel von Cocceji”, en: G. Kleinheyer / J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 1989<sup>3</sup>, pp. 61-64
- , *Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1. Juni 1794. An der Wende des Spätabolutismus zum liberalen Rechtsstaat*, Heidelberg: C.F. Müller 1995
- Klippel, D., *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert*, Paderborn, 1976
- Koselleck, R., *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848* (1967), München: DTV 1989
- Kraus, W., (Hrsg.), *Est-il utile de tromper le peuple?*, Berlin, 1966
- Krause, P., “Carl Gottlieb Svarez (1746-1798). Bürgerliche Staatsbedienung in aufgeklärten Absolutismus”, *Die Verwaltung* 19 (1986), 277-304
- , *Vernunftrecht und Rechtsreform*, Hamburg: Meiner, 1988
- , “Naturrecht und Kodifikation”, en: P. Krause (ed.), *Vernunftrecht und Rechtsreform*, Hamburg: Meiner, 1988, pp. 7-28
- , “Das gemeine Recht und seine Kodifikation durch das Allgemeine Landrecht”, en: J. Wolff (Hrsg.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht, o.c.*, pp. 69-96
- Kuhli, M., *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt am Main: Klostermann, 2012.
- Lucas, J. De (ed.), *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, Madrid: C.E.C., 1991
- Meisner, H., “Die Freunde der Aufklärung. Geschichte der Berliner Mittwochsgesellschaft”, en: *Festschrift zur 50jährigen Doktorjubelfeier Karl Weinholds am 14. Januar 1896*, Strassburg, 1896, pp. 43-54
- Merten, D. / Schreckenberger, W. (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten*, Berlin: Ducker & Humblot, 1995
- Mohnhaupt, H., “Das ‘Project des Codicis Fridericiani Marchici’ von 1748. Samuel von Coccejis Prozessgesetz”, en: N. Piccardi / B. Sassani / F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli: E.S.I., 2001, vol.3, pp. 447-473
- , “Recht zwischen Generalisierung und Differenzierung: Das Beispiel des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten”, en: M. Ferronato (a cura di), *Dal ‘De iure naturae et gentium’ di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Padova: CEDAM, 2005, pp. 187-220



- Nagel, H., *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden 1967
- Nehren, B., "Selbstdenken und gesunde Vernunft. Über eine wiederaufgefundene Quelle zur Berliner Mittwochsgesellschaft", *Aufklärung* 1 (1986), pp. 87-101
- Neufeld, H., *Die Fridericianische Justizreform bis zum Jahre 1780*, Göttingen 1910
- Neusüss, W., *Gesunde Vernunft und Natur der Sache*, Berlin 1970
- Nörr, K.W., *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976
- Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main: V. Klostermann 1986
- Ogris, W., "Kabinettsjustiz", *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, 515-18
- , "De sententiis ex plenitudine potestatis. Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts", en: S. Gagnér / H. Schlosser / W. Wiegand (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln/Wien 1975, 171-187
- Peterson, C., "Rechtsvereinheitlichung durch Naturrecht? Zur Frage des Naturrechts in der schulphilosophischen Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 21 (1992), pp. 7-35.
- Planitz, H. / Eckhardt, K.A., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Graz/Köln 1961
- Plathner, G., *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, 1935
- Schmidt, E., *Rechtssprüche und Machtsprüche der preussischen Könige der 18. Jahrhunderts*, Leipzig, 1943
- , "Staat und Recht in Theorie und Praxis Friedrichs des Grossen", en: Idem, *Beiträge zur Geschichte des preussischen Rechtsstaats*, Berlin: Duncker & Humblot 1980, pp. 150-209
- Schneider, F., "Presse, Pressefreiheit, Zensur", en: O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart 1997, 3. Band.
- Schneiders, W., *Die wahre Aufklärung. Zum Selbstverständnis der deutschen Aufklärung*, Freiburg / München: Alber, 1974
- Schröder, J. / Pielemeier, I., "Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts", en: O. Dann / D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht-Spätaufklärung-Revolution*, Hamburg: F.Meiner 1995, pp. 255-269

- Stuke, H., "Aufklärung", en: O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart / Bad Cannstatt, 1974, vol. 1, p. 243-342
- Schwennicke, A., *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*, Frankfurt am Main: V. Klostermann, 1993
- Stölzel, A., *Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts*, Berlin 1885
- Tarello, G., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova: ECI, 1973<sup>3</sup>
- Thieme, H., "Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA)* 57 (1937), pp. 355-428
- , "Anhang. Aus dem Briefwechsel des Grosskanzlers v. Carmer mit dem schlesischen Justizminister v. Danckelmann", en: *Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Gesammelte Schriften*, Köln / Wien: Böhlau, 1986, vol.1, p. 757-768
- , "Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA)* 56 (1936), 202-261
- , "Carl Gottlieb Svarez in Schlesien, Berlin und anderswo", *Juristen Jahrbuch* 6 (1965-66), pp. 1-25
- Thomann, M., "Die Bedeutung der Rechtsphilosophie Christian Wolffs in der juristischen und politischen Praxis des 18. Jahrhunderts", en: H. Thieme (Hrsg.), *Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preussen*, Berlin/New York: W. de Gruyter 1979, pp. 121-133
- Vierhaus, R., "Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten als Verfassungersatz?" (1995), en: B. Dölemeyer / H. Mohnhaupt (Hrsg.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, o.c., pp. 1-21
- Volkmar, L., *Religionsprozess des Predigers Schulz*, Leipzig 1846
- Wagner, W., "Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten", en: H. Coing / W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, Frankfurt a.M.: V. Klostermann 1974, pp. 119-152
- Weissler, A., *Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Grossen*, Königshütte 1891
- Wieacker, F., *Historia del derecho privado de la Edad moderna*, Madrid 1957



- Willoweit, D., “War das Königreich Preussen ein Rechtsstaat?”, en: D. Schwab / D. Giesen / J. Listl / H.-W. Strätz (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 451-464
- Wolf, E., “Carl Gottlieb Svarez”, en: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951<sup>3</sup>, pp. 421-463
- Wolff, J. (Hrsg.), *Das Preussische Allgemeine Landrecht. Politische, rechtliche und soziale Wechsel- und Fortwirkungen*, Heidelberg: Müller, 1995
- Württemberg, T. , “An der Schwelle zum Verfassungsstaat”, en: P. Krause (ed.), *Vernunftrecht und Rechtsreform*, o.c., pp. 53-88

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES  
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe/ Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Libano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestión y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada/César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral/Francesco Di Chiara/Óscar Hernández Santiago/Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23792>
49. Beatrice Pasciuta, *El diablo en el Paraíso. Derecho, teología y literatura en el Processus Satane (s. XIV)*, Madrid 2017, 264 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24439>
50. Maximiliano Hernández Marcos, *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica*, Madrid 2017, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/24488>